

CA1
Z1
-63B500

GOVT



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761114688674>

(22)

Général
Publicat

CAI Z 1
-63B500

RAPPORT FINAL

AUTEUR: M. Brière

TITRE: Etude sur la constitution
canadienne

DIV: II

Rapport no 11

CA1Z1

-63B500

ETUDE SUR LA CONSTITUTION CANADIENNE

Essai soumis à la Commission royale d'enquête
sur le bilinguisme et le biculturalisme

Marc Brière

juin 1966.

INTRODUCTION
NOTIONS DE BASE SUR LA PRÉCISITÉ FINALE, SON CONTRÔLE PAR
LA VÉRIFICATION DES RÉSULTATS

TABLEAU

19

La notion d'exactitude du principe fondamental	3
a) La notion d'exactitude de l'unité de base	3
b) L'exactitude des évaluations mesurées	13
c) La loi de la première partie	21

TABLEAU II

29

Les erreurs et les incertitudes de l'évaluation	29
a) La propagation, source de l'incertitude	31
b) La partie aléatoire	33
c) Les erreurs systématisques et autres à la partie constante	44
d) Les facteurs influant sur l'incertitude mesurée	69

INDEX

PREMIERE PARTIE: LE PRINCIPE FEDERATIF, SON CONTENU POLITIQUE ET SES POSTULATS

CHAPITRE I

Le contenu évolutif du principe fédératif	1
a) Le contour unitaire de l'Acte de 1867	2
b) L'adhésion au fédéralisme classique:	12
c) La centralisation et les ambiguïtés du fédéralisme coopératif	21

CHAPITRE II

Les dimensions communautaires du fédéralisme	30
a) Le fédéralisme, principe de différenciation	31
b) La genèse d'un mythe	39
c) Le nouveau fédéralisme: un retour à la réalité dualiste	44
d) Un facteur important: le régionalisme socio-économique	49

PREMIERE PARTIE: LE PRINCIPE
FEDERATIF, SON CONTENU POLITIQUE
ET SES POSTULATS

CHAPITRE I

LE CONTENU EVOLUTIF DU PRINCIPE FEDERATIF

Au plan politique, le fédéralisme s'envisage comme une formule particulière d'association à l'intérieur de laquelle les deux ordres juridiques différenciés vont se partager l'exercice de la Puissance Publique (1). Cette approche générale ne précise pas les caractères organiques de l'association fédérale; elle ne fait que dégager l'idée d'une dualité juridictionnelle irréductible. Envisagé sous son angle structurel, le fédéralisme s'accorderait assez mal d'une définition plus précise. Les modalités d'association qu'il propose apparaissent à la fois variées et précaires; à travers les relations changeantes des entités fédérées et du centre, vont s'annoncer la mobilité et, surtout, la fragilité de "l'équilibre politique (2)" ainsi recherché.

Le fédéralisme est un principe évolutif flexible, la solution de continuité qui va réfléchir le mouvement paradoxal des forces qu'il contient: facteurs agrégatifs, facteurs ségrégateurs.

(1) Federal Government, K.C. Wheare, (1963) page 1.

(2) Bissonnette, Essai sur la Constitution du Canada (1963) p 75.

gatifs. Mais ces forces, à leur tour, vont se modifier et se découvrir de nouvelles orientations. Aussi élastique, le fédéralisme ne saurait s'envisager comme une idéologie (3). C'est pourquoi les formules objectives du fédéralisme classique ne suffisent plus à rendre compte de la variété des options qui s'offrent aux fédérations actuelles.

Dans cette perspective, nous tenterons d'identifier le processus évolutif du fédéralisme canadien. Cette démarche, forcément sommaire, devrait nous permettre de dégager les postulats communautaires qui gouvernent notre fédéralisme actuel et les voies politiques qu'ils lui ouvrent.

Successivement, quatre orientations précises se sont inscrites dans l'histoire constitutionnelle canadienne; elles suggèrent l'idée d'un déplacement alternatif de l'initiative politique entre les deux ordres juridiques (4).

a) Le contour unitaire de l'Acte de 1867.

La constitution canadienne semblait aménager une structure politique qui subordonnait les provinces à l'autorité centrale. Plusieurs indices d'une organisation unitaire ressortent d'une analyse superficielle du texte constitutionnel: l'attribution des pouvoirs résiduels au fédéral; la nomination par l'exécutif fédéral des sénateurs, des lieutenants-gouverneurs et

(3) Brugmans & Duclos, *Le Fédéralisme contemporain* (1963) p 22.

(4) *The Five faces of Federalism*, Mallory dans *The Future of Canadian Federalism* (1965) p 22.

des juges des Cours supérieures; l'aspect unifié du système judiciaire canadien; la composition et la compétence de la Cour suprême du Canada; le pouvoir de désavoue et de réserve; la disproportion anticipée des ressources fiscales (5). C'est sans grande utilité pratique que pourrait, sur la seule base exégétique, être circonscrite l'apparente suprématie fédérale. Ce schéma constitutionnel, s'il permet de reconstituer le contexte social, économique et politique dans lequel il a été élaboré, n'offre qu'une intelligence fort limitée du fédéralisme canadien.

Faut-il rappeler les controverses profondes soulevées en doctrine par la qualification de la nature juridique de la constitution: s'agit-il d'un pacte ou d'un statut impérial? L'intérêt suscité par cette question (6) dépasse largement son importance réelle; il s'agit, au fond, abordée au niveau des justifications, d'une formulation plus nuancée de l'antinomie traditionnelle qui dresse les unes contre les autres les forces ségrégatives et agrégatives.

L'idée d'un pacte confédératif se défendrait mieux si la fédération canadienne s'était constituée par l'intégration de souverainetés qui se seraient départies au profit d'une autorité centrale, d'un certain nombre de leurs compétences. Au contraire, il s'agit ici d'une législation impériale qui reconstruit politiquement certaines colonies. Que cette loi impériale

(5) French Canada and Canadian Federalism, F.R. Scott, dans Evolving Canadian Federalism (1958) p 62.

(6) Special Committee on the B.N.A. Act, Evidence and Report (1935).

soit venue sanctionner un accord préalablement intervenu entre les colonies intéressées, cela ne fait aucun doute; cependant, il est assez peu probable que le caractère statutaire de la constitution puisse, du moins pour ce motif, être contesté.

D'ailleurs, il faut se demander si les problèmes majeurs que soulève l'utilisation du texte constitutionnel sont directement atteints par ce débat. En effet, il n'est pas sûr que l'interprétation d'une constitution dépende, d'une manière absolue, de sa qualification contractuelle ou statutaire. Il est même possible qu'une constitution appartienne à une catégorie juridique autonome et qu'elle exige, de ce fait, des critères d'interprétation particuliers; nous tenterons de vérifier cette hypothèse en faisant apparaître la constitution canadienne, à travers l'évolution qu'elle a connue, comme une structure fonctionnelle mobile.

La constitution canadienne insiste sur les fonctions dont elle investit le fédéral. Ceci s'explique par les préoccupations immédiates de ses rédacteurs. S'il n'était pas utile de détailler le rôle des provinces qui devait demeurer largement inchangé, il était essentiel de bien dégager celui de la nouvelle autorité qu'on instituait. D'autant plus que ce rôle s'identifiait aux objectifs que devait poursuivre la fédération projetée. Ainsi a-t-on l'impression que le texte constitutionnel ne traduit pas fidèlement l'équilibre politique que l'on prétendait aménager. Il faut donc dépasser les apparences de l'exégèse et se rapprocher de l'histoire pour situer, l'un par rapport à l'autre, les deux ordres juridiques.

L'exclusivité des compétences correspondait, à l'époque,

à une conception fonctionnelle de l'Etat fédéral. Il était en effet possible de disassocier la politique économique de la politique sociale et c'est précisément sur ce critère général que fut entreprise la répartition des fonctions (7). Investies des fonctions sociales, les provinces, loin d'être anéanties, se voyaient définir une sphère d'activité précise. Le fédéral, pour sa part, se chargeait des responsabilités économiques majeures; lui furent donc attribuées les compétences requises sur le commerce national et international ainsi que sur la politique monétaire et fiscale. De la sorte préservait-on, par une saine décentralisation, la diversité culturelle sans compromettre les objectifs économiques.

Le fédéralisme devait solutionner les difficultés financières des colonies. Les impératifs économiques sur lesquels devait oeuvrer le fédéral étaient gigantesques: il fallait "transformer les anciennes colonies en un marché unique, unifier la monnaie, étendre le territoire de l'Atlantique au Pacifique, faciliter l'aménagement de ce territoire par l'entreprise privée en complétant le système de chemins de fer et de canaux, en organiser le peuplement par l'immigration et protéger l'industrie naissante par un système douanier (8)". Dans ces circonstances, il était nécessaire que l'initiative fédérale souhaitée ne puisse être ralenti par un provincialisme chauvin; l'avenir immédiat de la fédération dépendait directement du succès

(7) Lamontagne, Le fédéralisme Canadien (1954) p 12.

(8) Lamontagne, Le fédéralisme Canadien (1954) p 15.

des politiques fédérales. Il était donc logique que le texte constitutionnel insiste sur les pouvoirs que l'on associait aux nouvelles fonctions fédérales.

Dans la mesure où elle traduit les préoccupations immédiates de ses rédacteurs, la constitution canadienne s'intéresse peu au sort des provinces. Les compétentes sociales que la constitution leur attribuait leur étaient familières; il s'agissait d'un champ d'activité que, traditionnellement, la métropole avait abandonné à leur initiative de sorte qu'il n'était pas utile d'en préciser le contenu par un texte constitutionnel. D'autant plus qu'à cette époque, l'Etat songeait peu à établir des politiques sociales élaborées; fondée sur une philosophie politique bien installée, son intervention se limitait aux cas d'extrême indigence (9). En fait, la signification de ces compétences sociales que l'on attachait à l'autorité provinciale, importait plus que leur importance immédiate; leur attribution contenait une reconnaissance précise du rattachement culturel des politiques sociales. C'est dans ce contexte général que devaient s'engager les premières relations et les premiers conflits entre le fédéral et les provinces.

Au lendemain de la Confédération, le fédéral fit preuve d'un dynamisme soutenu et ses initiatives furent, généralement, bien accueillies. En raison de son importance, sa politique d'aménagement économique (10) donna à son autorité, un

(9) Lamontagne, Le fédéralisme Canadien (1954) p 11.

(10) Lamontagne, Le fédéralisme Canadien (1954) p 21.

énorme prestige. Ceci a créé l'illusion d'une absorption politique des provinces; pendant un certain temps, le gouvernement fédéral se comportait comme le gouvernement d'un Etat unitaire. Cette illusion se fondait en outre sur la soumission, plus apparente que profonde, des provinces à l'autorité fédérale; sans consultation préalable, le fédéral avait organisé l'entrée dans la Confédération de nouvelles provinces; il avait consenti au relèvement des subsides statutaires que la constitution garantissait aux provinces.

C'est peut-être à travers l'exercice du pouvoir de désaveu que s'apprécient le mieux les hésitations du fédéralisme canadien, à ses origines; son utilisation peu nuancée manifestait l'hégémonie du fédéral et l'assujettissement des provinces, mais elle comportait aussi un aveu de faiblesse, une réaction de crainte de la part du fédéral. Il fallut, sans doute, que les provinces manifestent une vitalité législative appréciable pour que le fédéral y vit la nécessité d'un contrôle si rigide. Faut-il rappeler qu'à cette époque, l'équilibre politique ne s'évaluait pas à partir des disponibilités fiscales respectives. Dans la mise en oeuvre de ces politiques sociales (indigence, santé, communications, prévention des incendies, etc.), les provinces s'en remettaient aux municipalités qui préféraient, à l'odieux de la taxation directe, un système de prestation de services personnels. Un phénomène identique s'observera dans le fédéralisme américain.

Cette hégémonie du Centre suscitée par le texte constitutionnel, vient souligner les objectifs prioritaires de la nouvelle fédération et leur rattachement à la compétence fédé-

rale. Il ne faut donc pas chercher dans la constitution canadienne, une théorie politique constituée; celle-ci ne fait que suggérer les techniques apparues les plus utiles et les plus susceptibles de servir l'aménagement rapide d'un nouvel Etat (11).

Il ne faut pas attribuer à la constitution plus de rationalité qu'elle n'en propose. Son pragmatisme explique, d'ailleurs, dans une certaine mesure, la largeur de l'accord qui se fit aux Conférences de Charlottetown et de Québec. Deux semaines suffirent à la rédaction des résolutions de Québec et cette diligence suppose qu'au préalable les délégués s'accordaient sur l'orientation fondamentale de la constitution projetée (12).

Par rapport au régime politique de l'Union, le fédéralisme proposé ne représentait pas une rupture décisive (13). Sous ce système d'inspiration unitaire, un certain type de fédéralisme s'était empiriquement développé. La nouvelle constitution répartissait les compétences en s'appuyant, largement, sur l'activité législative récente; par le recours à la formule de la double majorité, les provinces avaient insisté sur les domaines qui les préoccupaient davantage et il était logique qu'en principe, la nouvelle constitution les leur réserve (14). En ceci, la constitution a transposé, dans une structure fédérale, le laborieux compromis auquel avait abouti le régime de

(11) Lower, Theories of Canadian Federalism in Evolving Canadian Federalism (1958) p 26.

(12) Lower, Theories of Canadian Federalism in Evolving Canadian Federalism (1958) p 9.

(13) Bissonnette, Essai sur la Constitution du Canada (1963) p 99.

(14) Bissonnette, Essai sur la Constitution du Canada (1963) p 100.

l'Union.

Toutefois, ces données n'offrent qu'une explication périphérique du contour unitaire de notre fédéralisme. L'expérience américaine l'a sans doute, profondément conditionné. L'actualité de la guerre civile mettait en lumière la nécessité de se prémunir contre d'éventuels mouvements de sécession. D'autant plus que le projet de fédération se heurtait à des résistances tenaces. Les objectifs économiques et militaires de la Confédération que ne favorisaient ni la géographie ni la diversité culturelle, ne pouvaient s'accorder d'un Etat fédéral faible; il fallait éviter que l'intransigeance des Maritimes n'entraîne l'éclatement.

A l'annonce du projet fédératif, la réaction du Québec fut ambiguë. Sur le vote relatif aux Résolutions de Québec, en 1865, la représentation canadienne-française à la Chambre Basse apparut très divisée: par une majorité de 27 contre 21, le projet était rejeté; par contre, à la Chambre Haute, alors élue, l'adhésion au Canada français fut plus nette: 14 membres favorisèrent le projet, 6 s'y opposerent. Comment expliquer cette attitude du Québec? Certains ont insisté sur le fait que la constitution rendait accessible au Québec une certaine autodétermination. Il est exact que la situation du Québec différait de celle des autres provinces pour qui la Confédération représentait l'acceptation d'un certain contrôle central (15).

(15) Centralization and Decentralization in Canadian Federalism, F.R. Scott (1951), Canadian Bar Review, p 1095.

Mais cette autonomie jusque là inconnue allait-elle emporter l'enthousiasme du Canada français? Centrée sur les politiques sociales, cette autonomie apparut très limitée. Sans réclamer clairement certains pouvoirs, on craignait que leur exercice par le fédéral ne devienne trop contraignant (16). Pour se protéger contre le jeu de la loi de la majorité, le Québec se fit consentir des garanties constitutionnelles. Bien plus que la reconnaissance de l'égalité de tous les citoyens du Canada exprimée par Macdonald (17), ces garanties conditionnèrent l'adhésion du Québec à la Confédération. A travers ces protections formelles, le Québec épargnait ce qui paraissait essentiel à sa survivance. Que ces préoccupations aient épousé les objectifs fondamentaux de l'Eglise (18), ce n'est là qu'un accident historique. De toutes façons, ces garanties et, plus généralement, l'autonomie revendiquée importe moins par leur contenu politique que par les motifs profonds qu'ils cachent.

" Le Québec, qui en était à sa première autonomie depuis la conquête, faisait craintivement l'expérience politique. S'il revendiquait une compétence, c'était moins pour s'en servir que pour empêcher le pouvoir fédéral, la majorité, de le meurtrir par son usage (19)."

- (16) French Canada and Canadian Federalism, F.R. Scott dans Evolving Canadian Federalism (1958) p 60.
- (17) Débats de 1865 sur la Confédération, Cité par J.Y. Morin, Le Fédéralisme (1963-64) pages 18 et suivantes.
- (18) French Canada and Canadian Federalism, F.R. Scott dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 62.
- (19) Jean Beetz, Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867, dans The Future of Canadian Federalism (1965) p 122.

Dans ce contexte, faut-il s'étonner que le projet confédératif n'ait pas réussi, au Québec, à unifier l'opinion publique. La division des politiciens québécois, elle-même n'avait que de faibles postulats nationalistes. Il n'y a pas lieu de voir dans la constitution, une adhésion profonde du Canada français au fédéralisme. Derrière les partis politiques et l'appui qu'ils avaient pu recevoir du clergé, ce sont, massivement, alignées les tendances; moins préoccupée que les libéraux québécois par les effets politiques de la centralisation, l'Eglise, satisfaite des garanties que les conservateurs lui avaient consenties, appuya leur projet de fédération. Plus désemparé qu'autre chose, le peuple québécois qui ne fut pas consulté, montra peu d'intérêt. Dans ces circonstances, il est difficile d'attribuer à la constitution canadienne, par rapport au Québec, une signification précise. A l'origine, les objections les plus sérieuses au projet constitutionnel vinrent des Maritimes où l'intérêt populaire apparut très vif. Par comparaison, l'attitude du Québec, si l'on excepte les réticences vite dissipées du clergé, se rapproche, presque, de l'indifférence.

"Ainsi la constitution de 1867 prend dans cette première phase, vis-à-vis la collectivité québécoise, un sens surtout juridique, statique, négatif, et protecteur, et enfin folklorique, pour ne pas dire qu'il confine à la conservation anthropologique (20)."

(20) Jean Beetz, Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867, dans *The Future of Canadian Federalism* (1965) page 124.

b) L'adhésion au fédéralisme classique.

Pour des motifs qui tenaient à cette double approche, exégétique et historique, certains n'ont vu dans le fédéralisme canadien que ses affinités au principe unitaire. Or, le Conseil Privé s'est insurgé contre cette attitude. Par une utilisation nuancée du principe de l'exclusivité des compétences, il a entraîné la fédération canadienne dans la voie du fédéralisme classique (21); peu soucieux d'assurer l'hégémonie du fédéral, il s'est préoccupé de l'aménagement d'un fédéralisme qui soit praticable. Entre ses mains, la constitution a montré une faculté d'adaptation qu'il eut été difficile d'anticiper. Le Conseil Privé insista sur l'égalité législative des deux ordres juridiques et avec la désuétude du pouvoir de désaveu, les provinces acquirent, vis-à-vis du fédéral, une large émancipation. Le contour unitaire de la constitution s'estompa progressivement et fit place à une structure fédérale articulée.

L'idée d'une coordination juridique n'était pas apparente dans le texte constitutionnel. Il ne fait pas de doute que le fédéralisme canadien n'a pas répondu longtemps aux conceptions de Macdonald; certains avantages de l'union législative qu'il escomptait en accordant au fédéral un statut privilégié, furent perdus (22). Certains se sont interrogés sur les

(21) K.C. Wheare, Federal Government (1963) page 93.

(22) Schmeiser, Civil Liberties in Canada, page 16.

motifs du Conseil Privé qui, prétendait-on, avait dénaturé la constitution. A la recherche d'une explication satisfaisante il est utile d'observer l'évolution constitutionnelle américaine et de la comparer à la nôtre.

On s'aperçoit que le système américain, également, s'est orienté vers un équilibre politique fidèle au style du fédéralisme classique. En effet, jusqu'au manifeste de la législature de la Caroline du Sud, en 1828, plusieurs soutenaient que la constitution subordonnait le gouvernement central à l'autorité des états (23); cette thèse, défendue par un vice-président du pays (24), fut, après la guerre civile, complètement discréditée. Le fédéralisme canadien emprunta une voie opposée et c'est en sacrifiant l'hégémonie du fédéral qu'il s'est rapproché du fédéralisme classique. Au fond, le processus évolutif importe moins que ses motifs. Cette mobilité du fédéralisme qui refuse de se laisser enfermer dans des formules rigides, ne doit pas nous surprendre; elle rejoint l'essence même du principe fédératif. Une étude comparative plus poussée tiendrait compte des expériences suisses et australiennes, éclairerait les écarts qui peuvent s'introduire entre le langage d'une constitution et sa mise en oeuvre (25). Parce que le fédéralisme est une structure vivante, parce que cette structure doit être naturelle, son évolution va utiliser la coutume, la jurisprudence et le compromis politique. Qu'à une certaine époque

(23) K.C. Wheare, *Federal Government* (1963) page 224.

(24) K.C. Wheare, *Federal Government* (1963) page 2, note 3.

(25) S.A. de Smith, *The New Commonwealth and its Constitution* (1964) page 262.

le rôle de la jurisprudence ait été prépondérant, qu'on lui ait substitué, depuis, le compromis politique, cela tient à la variété des techniques et à la confiance, plus ou moins solide, qu'elles inspirent. Si le fédéralisme classique s'est développé par la jurisprudence, c'est, sans doute, un accident historique; de l'un à l'autre, il n'y a pas apparemment, d'affinité particulière. Fort de son prestige, le Conseil Privé détermina, longtemps, l'orientation de notre fédéralisme; nous verrons, ultérieurement, la légitimité de ses options. Son attitude apparaît d'autant plus naturelle que le phénomène fut universel et que, jusqu'à la veille de la seconde guerre, personne ne semblait s'y objecter.

Il ne faudrait pas croire, toutefois, que la jurisprudence du Conseil Privé répond à une théorie politique préconçue. Affirmer sa fidélité aux principes du fédéralisme classique, c'est porter, à posteriori, un jugement de valeur; c'est, d'ailleurs, grossir, singulièrement, la réalité. Tout au plus, la jurisprudence du Conseil Privé annonce-t-elle les tendances générales; ses hésitations et, parfois même, ses volte-face sont apparentes. Dans ses interprétations, le Conseil Privé a fait preuve de prudence et de pragmatisme et la méthode s'est avérée souple: faut-il rappeler l'habileté dont il fit preuve pour corriger une première approche centraliste qui paraissait décisive; sans cette audace, comment aurait-il pu reconnaître, aux provinces, une souveraineté législative (26). Peu à peu, le Conseil Privé réussit à trans-

(26) Lower, Theories of Canadian Federalism dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 33.

former le fédéralisme canadien. La constitution se vit assigner des objectifs qui, aussi fonctionnels soient-ils, n'étaient pas évidents:

" Le but de l'Acte était non pas de fusionner les provinces en une seule ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée d'une façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie(27). "

Le style unitaire du fédéralisme canadien perdit sa vitalité. L'expansion législative fédérale fut enrayée: la clause résiduelle apparut d'une utilité douteuse (28); et même, les pouvoirs énumérés semblèrent suspects. Par contre, l'autonomie provinciale s'élargit: par la largeur de son contenu, l'expression "propriété et droits civils" se rapprocha d'un pouvoir résiduel. Insensiblement, un nouvel équilibre politique se faisait jour dans la fédération.

Le Conseil Privé était conscient des transformations qu'il opérait dans le fédéralisme canadien. En ignorant le contenu des résolutions de Québec et de Londres, il s'accordait plus de latitude (29). Ses motifs, pourtant, demeurent confus. Certaines plaidoiries, par leur vigueur, ont pu le sensibiliser à la cause provinciale (30); cette influence se mesure difficilement. Il est plus probable que le Conseil Privé ait voulu

(27) Liquidateurs de la Banque Maritime vs Procureur Général du Nouveau Brunswick (1892) A.C. p 437

(28) Dawson, The Government of Canada, cité par Bissonnette dans Essai sur la Constitution du Canada (1963) page 73.

(29) Ohearn, Peace, Order and Good Government (1964) page 31.

(30) Lower, Theories of Canadian Federalism, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 29.

adapter la constitution à l'actualité politique. En jurisprudence anglaise, toute une tradition tenait pour naturelle, une telle démarche. En présence d'une constitution écrite, sa légitimité devenait, sans doute, suspecte; peut-être, aurait-il fallu se soucier, davantage, de son contenu et de ses sources. Cette distinction, apparemment, n'a pas embarrassé le Conseil Privé; du moins, a-t-on cette impression en se référant au critère d'interprétation que, de leur propre aveu, retinrent certains de ses membres parmi les plus influents (31). Et il est possible que le Conseil Privé se soit, ainsi, conformé à une politique impériale précise:

"The Imperial legislature has taken the view that these constitutions and laws must if they are to be acceptable, be in large measure unwritten, elastic, and capable of being silently developed, and even altered as the colony develops and alters. This imposes a task of immense importance and difficulty upon the Privy Counsel judges..." (32)."

Cette orientation politique de la jurisprudence n'est pas un phénomène isolé; elle fut aussi décisive aux Etats-Unis et en Australie. Aujourd'hui, elle s'affirme comme une donnée fondamentale du fédéralisme classique: c'est moins par choix que par nécessité que les tribunaux assumèrent cette fonction dynamique. Réfractaires au compromis, les gouvernements s'en remettaient, invariablement, à la justice pour vider leurs querelles constitutionnelles (33). C'est donc sur cette nécessité politique à laquelle a voulu répondre la jurisprudence

(31) Haldane, Cambridge Law Journal (1922); cité à 1940, 18, Canadian Bar Review, page 257.

(32) Lord Haldane, Judicial Review, Vol. 2, p 279; cité par Richard, Peace, Order and Good Government (1940), 18, Canadian Bar Review, page 243 (page 257).

(33) Lower, Theories of Canadian Federalism, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 4.

du Conseil Privé que doit s'envisager la lucidité de sa démarche. Voilà un critère d'appréciation du rôle d'un tribunal constitutionnel, quelque peu inacceptable aujourd'hui; reste qu'il fut rationnel et parfaitement compatible au contexte du fédéralisme classique.

Le contexte historique de cette jurisprudence en fournit les motifs multiples: l'ambitieuse politique fédérale apparut décevante: plusieurs régions du pays se ressentirent de ses répercussions néfastes (34); la crise économique qui sévit de 1873 à 1896, fut, généralement, attribuée aux maladresses du gouvernement central; à leur paroxysme au moment de la conscription de 1917, de sérieux conflits ethniques dressèrent contre le fédéral, plusieurs provinces (35).

Avant d'avoir épousé les objectifs initiaux de la Confédération, le fédéral vit s'effriter son prestige. Le mécontentement qu'avait suscité, un peu partout, l'insuccès de ses politiques en vint à paralyser ses initiatives. Les gouvernements provinciaux saisirent l'occasion pour affirmer leur autorité. Sans doute, la faveur populaire qui leur était, maintenant, acquise, les servit-elle; ils avaient su reporter sur le fédéral, la responsabilité de tous les malaises (36). Mais cette popularité, si elle n'était pas entretenue, risquait d'être compromise; elle sollicitait des provinces, une initiative im-

(34) Lamontagne, *Le Fédéralisme Canadien* (1954) page 22.

(35) Lamontagne, *Le Fédéralisme Canadien* (1954) page 22.

(36) Lamontagne, *Le Fédéralisme Canadien* (1954) page 23.

médiate. En ceci, les provinces furent favorisées par la révolution technologique et le déplacement d'autorité politique qu'elle annonçait (37); l'industrialisation et le développement urbain devaient transformer le contenu de la politique sociale; par voie de conséquences, allait s'éveiller l'appétit fiscal des provinces. Ces transformations devaient réagir, profondément, sur le développement constitutionnel du fédéralisme canadien.

Dès 1887, les premiers ministres provinciaux s'étaient réunis pour envisager une réforme constitutionnelle immédiate. A aucun moment, ils ne prétendirent que le fédéral avait envahi leur compétence; leur mécontentement s'attachait à la structure unitaire de la fédération:

"The preservation of provincial autonomy is essential to the future well-being of Canada... if such autonomy is to be maintained, it has become apparent that the constitutional act must be revised and amended (38)".

Le fédéral fit avorter ce projet d'amendement. Mais il était évident, en raison de leur virulence, que ces pressions ne pouvaient être, indéfiniment, contenues: en Nouvelle-Ecosse, on vit même s'amorcer un mouvement de sécession. Dans ces circonstances, faut-il se surprendre de l'attitude du Conseil Privé? Pour les provinces, cet élargissement de leur compétence législative et de leur pouvoir fiscal était inespéré;

(37) Lamontagne, Le Fédéralisme Canadien (1954) page 30.

(38) Préambule des résolutions de la Conférence inter-provinciale de Québec de 1887; cité par French Canada and Canadian Federalism, F.R. Scott, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 68.

le Conseil Privé leur consentit des pouvoirs qu'elles avaient cru ne pouvoir obtenir que par voie d'amendement constitutionnel (39). Des critiques acerbes ont été dirigées contre ce dynamisme du Conseil Privé (40). Elles surprennent d'autant plus qu'elles entretiennent, du développement constitutionnel, des conceptions statiques. La Cour Suprême, aux Etats-Unis, n'a pas craint de jouer un rôle identique. Dans la mesure où la procédure d'amendement manquait de souplesse, on a vu, un peu partout, la jurisprudence déplacer, sans trop de scrupule, l'équilibre constitutionnel.

La constitution avait insisté sur les compétences fédérales; il ne fallait pas que puisse être compromise la politique d'expansion; s'y associait un espoir collectif de prospérité. Pour toutes sortes de raisons, il arriva que l'activité fédérale ne connut pas le succès escompté; ses objectifs cessèrent, peu à peu, d'être un facteur de cohésion politique. N'était-il pas logique, dans ces circonstances, qu'un nouvel équilibre se fasse et que, tout naturellement, soit réintroduites les coordonnées communautaires. L'autonomie revendiquée était, en quelque sorte, un réflexe de défense; sa légitimité lui vint de l'appui populaire qu'elle reçut. En élargissant les compétences provinciales, le Conseil Privé aménageait une structure politique viable (41). Sans la souplesse

(39) French Canada and Canadian Federalism, F.R. Scott dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 69

(40) Schmeiser, Civil Liberties in Canada, page 16

(41) Corry, Commentaries of Future of the Canadian Federalism and The Future of Canadian Federalism (1965) p 38

dont il fit preuve, l'éclatement de la fédération canadienne aurait, peut-être, été inévitable (42). En ceci, il est probable que sa situation privilégiée l'ait servi; on peut se demander si les décisions d'une Cour locale, moins prestigieuse, plus compromise, eussent eu la même autorité (43). Il faut se rappeler que, jusqu'au statut de Westminster, aucune critique sérieuse ne fut dirigée contre cette jurisprudence (44). A cette époque, d'ailleurs, son orientation parut indécise: l'aéronautique fut attribuée au fédéral mais la législation sociale du régime Bennett fut invalidée. Cette dernière décision fut très mal accueillie; il devint évident qu'on ne pouvait songer à raffermir l'autorité fédérale sans, d'abord, supprimer le droit d'appel au Conseil Privé. Aux Etats-Unis, le président Roosevelt avait, également, vu sa législation sociale rejetée par la Cour Suprême; en modifiant la composition du Tribunal, il obéissait à la même logique. Dans les deux pays, ces deux réactions étaient significatives: le fédéralisme classique était dépassé.

Revendiquée pour des raisons diverses, l'autonomie avait permis aux provinces de se regrouper; l'identité apparente des objectifs qu'elles poursuivaient les avait rapprochées. Pourtant, cette attitude unifiée masquait des divergences profondes; à partir de 1930, ce provincialisme va perdre

(42) Trudeau, Federalism, Nationalism and Reason dans *The Future of Canadian Federalism* (1965) page 30.

(43) Varcoe, *The Distribution of Legislative Power in Canada* (1954) page 6.

(44) Lower, *Theories of Canadian Federalism* dans *Evolving Canadian Federalism* (1958) page 30.

sa cohérence. A travers l'autonomie acquise, les provinces et, d'une façon plus aigüe, le Québec, vont se chercher une identité. Le principe d'égalité politique des provinces sera, peu à peu, tempéré; on préférera, de plus en plus, insister sur les facteurs communautaires, leur hétérogénéité, et les particularismes qu'ils provoquent. Ce qui avait été un facteur d'unité des provinces, devint un principe de différenciation. Cette attitude contient une réaction; elle s'explique, en partie, par son contexte.

c) La centralisation et les ambiguïtés du fédéralisme coopératif.

Avec les années 30, toutes les fédérations connurent un mouvement intensif de centralisation. C'est, sous leur angle universel, que s'abordent, d'abord, les facteurs qui devaient réintroduire la suprématie du fédéral. D'importantes transformations socio-économiques avaient facilité l'émancipation politique des provinces: celles-ci s'y étaient vu définir un rôle prépondérant. Voilà que, de nouveau, l'initiative politique se déplaçait et que pouvait s'observer un processus analogue. De nouveaux objectifs s'imposaient, qui appelaient l'intervention du fédéral. Ces objectifs sont variés. Avec la crise des années 30, le fédéral s'éveilla à de nouvelles responsabilités: le relèvement économique, croyait-on, ne pouvait être entrepris sans sacrifier, quelque peu, l'autonomie locale; en ce domaine, une politique cohérente devait utiliser des compétences aussi diverses que le commerce, la monnaie,

le crédit et la main-d'œuvre; il fallait prévoir un usage fonctionnel des ressources du pays et secourir les régions défavorisées (45). Plus que la crise économique, la guerre accéléra le processus de centralisation. Dans toutes les fédérations, semble-t-il, sa venue interrompt le fonctionnement normal du système; l'Etat fédéral se voit converti en un régime quasi-unitaire (46). A ces facteurs, s'en ajoutent d'autres dont l'importance n'a pas, toujours, été sérieusement mesurée: d'abord, le prodigieux développement des transports et des communications; ensuite, l'avènement du "welfare state". Les nouvelles facilités de communication vont favoriser les déplacements démographiques, rendre plus mobile la main-d'œuvre et accélérer les échanges commerciaux. Certains particularismes régionaux vont s'atténuer; d'autres, au contraire, vont se durcir. Enfin, dans une fédération, la répartition des compétences ne pourra plus, sans risque d'incohérence, obéir, avec la même rigueur, aux critères géographiques de rattachement; de nouvelles formules devront être inventées. Là où le critère géographique ne suffisait plus n'était-il pas logique, dans le contexte de cette époque, de l'abolir? Ainsi, justifiait-on, apparemment, un élargissement souhaité de la compétence fédérale. Cette logique improvisée devait triompher, un peu partout dans le monde. L'avènement du "welfare state" servit, mieux encore, le mouvement de centralisation; jusque là isolé, le social et l'économique vont se rejoindre. En s'accaparant du "social", le fédéral invoquait de solides motifs:

(45) Weare, Modern Constitution (1960) page 105.

(46) Weare, Modern Constitution (1960) page 105.

ses politiques sociales étaient coûteuses, et, lui seul, pouvait, complètement, les assumer; sans son intervention, certaines régions défavorisées seraient privées des secours essentiels; en somme, les revenus devaient être redistribués, équitablement, entre les régions (47) et une politique fédérale en ce sens apparut légitime. Voilà, rapidement décrits, les facteurs majeurs d'une véritable crise du fédéralisme: l'Etat fédéral va se comporter comme un Etat unitaire.

Les fédérations allaient réagir de façon diverse.

En Australie et en Suisse, l'Etat fédéral recourut à l'amendement constitutionnel lorsqu'il songea à la mise en oeuvre de politique sociale (48). Par contre, aux Etats-Unis et au Canada, la jurisprudence fut appelée à se prononcer sur la validité de certaines mesures sociales prises par le fédéral; le Conseil Privé les tint pour inconstitutionnelles; la Cour Suprême des Etats-Unis, d'abord de cette opinion, dut, par suite des pressions exercées sur elle, se ravisier (49). Aux Etats-Unis, la Cour Suprême finit par admettre que l'utilisation du pouvoir de taxer "pour le bien-être général du pays" ne la concernait pas et que la compétence du Congrès ne se limitait pas au prélèvement fiscal; celui-ci, en toute liberté, put faire usage de ses disponibilités financières (50).

(47) Corry, Constitutional Trends and Federalism dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 35.

(48) Wheare, Federal Government (1963) pages 147 à 149.

(49) Wheare, Federal Government (1963) pages 147 - 148.

(50) W. Anderson, The Nation and the States, pages 128 à 151.

Au Canada, le fédéral ne crut pas utile de revenir devant le Conseil Privé; habilement sollicité, celui-ci se serait peut-être montré plus accueillant (51). De toutes façons, le fédéral n'entendait pas, si facilement, évacuer le domaine social. Par voie d'amendement, certaines compétences lui furent acquises (52), mais c'est surtout par un habile usage de ses ressources fiscales qu'il eut accès au domaine social; celles-ci lui permirent de contrôler le contenu même des politiques sociales des provinces. Par un étrange processus, s'étais réintroduit le déséquilibre fiscal qu'avait connu la fédération, à ses origines:

"En effet en 1874, la part du gouvernement fédéral dans les dépenses publiques totales s'élevaient à 64%; de plus, l'administration centrale finançait 57.7% des dépenses des provinces par les subventions statutaires qu'elle leur attribuait. Enfin, ses revenus constituaient 67% du revenu global de tous les gouvernements ... En 1939, les dépenses du gouvernement fédéral constituaient 38% des dépenses de tous les gouvernements, tandis que celles des provinces et des municipalités atteignaient 62%. En 1952 ces proportions étaient complètement renversées puisqu'elles s'établissaient respectivement à 66.7% pour le gouvernement fédéral et à 33.3% pour les autres gouvernements. De plus la part du revenu du gouvernement fédéral par rapport au revenu total s'élevait à 67% (53)."

Comment les provinces canadiennes allaient-elles accueillir ce néo-fédéralisme? Isolées, elles résistèrent, sans fermeté et, peut-être, sans conviction. En 1945, le fédéral

(51) Lower, Theories of Canadian Federalism, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 30.

(52) Amendements relatifs à l'assurance-chômage et aux pensions de vieillesse.

(53) Lamontagne, Le Fédéralisme Canadien (1954) page 84.

leur proposa de renoncer aux champs fiscaux qu'elles lui avaient, temporairement, cédés; d'abord virulente, l'opposition des provinces aux formules fiscales proposées ne parvint pas à s'unifier; profitant de leurs hésitations, le fédéral n'attendit pas qu'un mouvement autonomiste s'organise et négocia avec les provinces des ententes fiscales séparées. Deux ans plus tard, seuls, restaient réfractaires aux propositions fédérales, l'Ontario et le Québec; il devenait évident que le concept d'autonomie se transformait et que sa signification devenait, de plus en plus, économique. En s'objectant aux formules fiscales, l'Ontario s'appuyait peu sur des motifs idéologiques; province riche, elle ne pouvait que souffrir financièrement des politiques sociales que le fédéral, en retour, proposait: sur une base purement mathématique, son rendement fiscal dépassait, largement, la valeur des services qu'on lui offrait (54). Après avoir voulu maintenir son autonomie fiscale et, avec elle, un certain type d'équilibre fédératif, l'Ontario, en 1951, parut se raviser. Les motifs qui l'amènerent à modifier son attitude, sont confus. Prit-elle conscience des responsabilités particulières que lui imposait sa situation économique privilégiée (55) ou abdiqua-t-elle par opportunisme? Sans doute, la seconde explication apparaît-elle plus sûre. Son attitude se rapprochait de la sagesse dont fit preuve, aux Etats-Unis, l'In-

(54) Corry, Constitutional Trends and Canadian Federalism, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 106.

(55) Corry, Constitutional Trends and Canadian Federalism, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 106.

diana: violemment opposé aux octrois du Congrès, cet Etat n'en refusa aucun (56). D'autant plus lucide pouvait apparaître ce volte-face de l'Ontario, que ce néo-fédéralisme semblait s'affirmer comme une nécessité de l'Etat moderne, mouvement irréversible (57).

Abandonné par l'Ontario, le Québec parut, profondément, affaibli. De toutes parts, des critiques acerbes vont s'élever contre son intransigeance, pressentie comme réactionnaire:

" Quebec is being caught up in the logic of the interdependent economy and of large-scale industrial enterprise. A province cannot now hope to run successfully against the tide of national development unless, of course, it associates with enough other provinces to turn the tide, in which event we have national, not provincial, action. The most it can hope to hold is freedom for minor adventure, for embroidering its own particular patterns in harmony with the national design, for playing variant melodies within the general theme (58)."

Le fédéral, d'ailleurs, s'était donné bonne conscience: la Commission Rowell-Sirois l'avait confirmé dans son rôle en faisant ressortir les inconvénients et le gaspillage qu'entraînerait la décentralisation fiscale (59); à l'exception du Québec, les provinces, semble-t-il, acceptaient, sans critique sé-

(56) Anderson, *The Nation and the States*, page 6, qui cite une résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'Indiana en 1947.

(57) Corry, *Constitutional Trends and Canadian Federalism*, dans *Evolving Canadian Federalism* (1958) page 121.

(58) Corry, *Constitutional Trends and Canadian Federalism*, dans *Evolving Canadian Federalism* (1958) page 108.

(59) Morin, *Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada*, dans *The Future of Canadian Federalism*, (1965) p 141.

rieuse, cette apologie de la centralisation (60). Jamais sans doute, pour le Québec, la loi de la majorité n'était apparue si contraignante. Pendant quelques années, la logique démocratique allait se détacher de son contexte en prétendant ignorer les limites que lui imposait la structure fédérale du pays. Incomprise, la dissidence du Québec devait se révéler salutaire puisqu'elle lui permit de préciser le contenu de l'autonomie qu'il revendiquait et d'apporter des justifications cohérentes. Les textes constitutionnels vont être repris, scrutés, informés même; de nouvelles significations vont s'y attacher. L'identité culturelle que la constitution devait protéger, va devenir un concept familier; son contenu sera approfondi, élargi. Parallèlement à une littérature de style pamphlétaire très fertile, le rapport Tremblay viendra formuler, avec clarté, l'orientation politique du Québec. L'option fédérale québécoise va révéler ses inquiétudes et ses exigences.

" La Commission Tremblay, créée en 1956 par le gouvernement québécois, conçoit avant tout le fédéralisme comme une solution au problème de la coexistence de deux collectivités d'origine et de culture différentes; ces deux groupes ethniques entendant conserver leur identité, c'est dans ce phénomène irréductible qu'il importe de chercher la raison d'être de la forme fédérative de l'Etat canadien. Dans cette perspective, on ne doit pas se soucier uniquement de construire un Etat techniquement efficace, mais s'efforcer de répartir les fonctions et compétences étatiques de manière que soit assuré le développement parallèle des deux collectivités et que chacune s'administre selon les

(60) Morin, Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada, dans *The Future of Canadian Federalism*, (1965) p 142.

" modes les plus conformes à ses propres caractéristiques, tant intellectuelles que sociologiques... Le Québec est devenu le véritable foyer de la nation canadienne-française et se voit de la sorte investi d'une mission particulière. Pour accomplir ce rôle, la province ne saurait se passer d'autonomie... (61)".

Entre les conceptions fédérale et québécoise, les différences sont trop profondes pour ne pas être significatives; en élargissant l'autonomie provinciale, le Conseil Privé avait vidé une querelle juridique; avec l'isolement du Québec, le fédéralisme canadien s'engageait dans un conflit culturel qui devait aboutir à la crise politique actuelle. En refusant la contrainte d'une majorité, le Québec défendit, d'abord, son autonomie et peu à peu, il en vint à invoquer son intégrité culturelle. Il devint évident qu'un compromis n'était possible que si l'on reconnaissait, au Québec, son statut d'Etat national; le fédéralisme ne pouvait être toléré par les québécois que s'il leur aménageait un statut qui n'étouffe point leurs aspirations légitimes; dégagée par la Commission Tremblay, cette idée polarise, encore, la pensée politique québécoise.

Depuis dix ans, le fédéralisme canadien s'est, largement, transformé. Le dualisme culturel fut, sans doute, le phénomène qui l'atteignit le plus profondément. L'avènement du "welfare state" fut, aussi, déterminant. Aussi bien au fédéral qu'au provincial, le pouvoir réel parut échapper à la lé-

(61) Morin, Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada, dans The Future of Canadian Federalism (1965) p 142.

gislature et se déplacer vers l'exécutif (62). Ce phénomène, d'ailleurs, en engendra un autre qui modifiait, profondément, la structure du fédéralisme, i.e., l'avènement d'un nouveau type d'arbitrage constitutionnel. Sans que soit éliminée la nécessité d'un tribunal constitutionnel, son rôle parut, considérablement, restreint. De plus en plus, les compétences et leur usage, au lieu d'être contestées en justice, firent l'objet de négociations au niveau des exécutifs concernés.

Ainsi personne n'a cru utile de contester la constitutionnalité des subsides fédéraux (63); malgré la confusion de ses motifs, cette attitude demeure significative. Les tribunaux ont perdu de leur prestige et cette négociation politique du pouvoir est, généralement, bien accueillie; pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'activité des conférences fédérales-provinciales et l'attention que leur tenue soulève (64); on préconise même de les institutionnaliser.

-0-0-0-

(62) Hood, Economic Policy in our Federal State.

(63) Corry, Constitutional Trends and Federalism, dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 119.

(64) Cohen, Commentaire, texte de Me Jean Yvan Morin, dans The Future of Canadian Federalism (1965).

CHAPITRE II
LES DIMENSIONS COMMUNAUTAIRES DU FEDERALISME

Sous son angle politique, le fédéralisme nous est apparu comme un principe évolutif, susceptible d'accueillir et d'agencer des formules et des institutions variées. Envisagé, cette fois, sous ses aspects communautaires, le fédéralisme vient, en quelque sorte, se motiver: à l'intérieur du mouvement paradoxal des forces qu'il contient, il introduit la continuité politique. Attentif aux pressions communautaires qui s'exercent, le principe fédératif doit constamment recomposer l'équilibre politique qu'elles déplacent: "Le fédéralisme, parce qu'il est une résultante ou un équilibre des forces, est essentiellement évolutif (65)".

Le fédéralisme ne peut, sans nuance, s'identifier à un compromis politique; cette approche pourra demeurer artificielle si une analyse des facteurs ségrégatifs et agrégatifs, à l'oeuvre, ne vient la corriger. Nous dégagerons donc les postulats communautaires de notre fédéralisme; nous signalerons dans quelle mesure le développement de nos structures politiques leur fut fidèle; cette démarche devrait nous permettre d'entrevoir et de justifier le processus qu'il faudrait suivre, pour rendre accessible au Québec, un statut spécial.

En termes communautaires, il est possible de proposer une approche du fédéralisme qui souligne ses préoccupations les

(65) Faribault, Aspect du fédéralisme, dans Etude juridique en hommage à M. le juge Bernard Bissonnette (1963).

plus fondamentales:

" A federation, then, is a permanent union of communities so distinct that they might have been sovereign states, so linked by common interest that they have surrendered absolute sovereignty, but so conscious of their distinctness that they have made the surrender in a form which protects those separate rights, short of sovereignty itself, which they most cherish (66) ".

Ceci nous suggère une question qui nous retiendra, ultérieurement: les structures politiques de notre fédéralisme correspondent-elles, vraiment, à des recoulements communautaires articulés? Si les recoulements qu'il effectue, ne sont pas naturels, s'ils furent artificiellement provoqués par l'histoire, il est peu probable que les structures politiques, appelées à les intégrer, demeurent fonctionnelles; en conséquence, l'opération du principe fédératif s'en trouvera viciée.

a) Le fédéralisme, principe de différenciation

En effet, à l'intérieur des structures qu'il requiert, le fédéralisme demeure, essentiellement, un principe de différenciation. Dans cette perspective, l'option politique qu'il paraît comporter, n'est, souvent, qu'une apparence trompeuse: il est fort probable que le fédéralisme ait constitué la seule solution acceptable. L'histoire des fédérations -- Etats-Unis, Canada, Suisse, Australie -- présente, ici, une concordance si-

(66) Stewart, Modern Forms of Government (1959) page 145.

gnificative: la seule alternative qui, à l'origine, s'offrait au fédéralisme, fut l'indépendance (67). En acceptant de se fédérer, les collectivités n'abdiquaient pas leur entière autonomie; ce qui leur paraissait essentiel n'était pas sacrifié ou ne l'était qu'assorti de réserves et de garanties. D'une fédération à l'autre, les préoccupations autonomistes ne furent pas identiques; différentes par leur contenu, d'inégale vigueur, elles se trahissent par la variété même du fédéralisme. Ce qui les rapproche, c'est, probablement, l'attitude de prudence qu'elles ont, toutes, inspirée et qui, d'une façon générale influence encore l'orientation du fédéralisme.

Dans ce contexte, doit-on reconnaître la singularité politique profonde du fédéralisme; les réticences auxquelles il se heurte ne doivent pas, toujours s'interpréter comme indices d'une attitude ségrégative réactionnaire; pour les entités fédérées, elles ne font que réitérer le sens profond de leur engagement et le respect qu'il doit imposer; la théorie du pacte confédératif, sur laquelle s'appuie encore, quoique avec moins de conviction, la pensée québécoise, ne s'explique pas autrement.

En abolissant les souverainetés, le fédéralisme aménage autre chose que des divisions administratives; comme on l'a récemment signalé, il consiste, non à vivre en minorité, mais à vivre avec des minorités (68). Cette formule, certes,

(67) Stewart, *Modern Forms of Government* (1959) page 149.

(68) Faribault, *Aspect du fédéralisme*, dans *Etude juridique en hommage à M. le juge Bernard Bissonnette* (1963).

heureuse rejoint l'approche qui nous paraît la plus séduisante et la plus féconde; universellement admise, son utilisation ne nous paraît pas requérir une justification plus élaborée.

Deux thèses méconnaissent ce sens profond du fédéralisme.

Une première thèse convertit, en termes économiques, tous les objectifs politiques de l'Etat; à la recherche de l'efficacité administrative, elle raffine les techniques les plus fonctionnelles. De l'Etat, elle ne retient que les fonctions économiques; faut-il se surprendre que, projetée dans le fédéralisme, cette thèse prétende abolir ses postulats communautaires. A n'en point douter, la Commission Rowell-Sirois s'inscrivait dans cette perspective. Sous des apparences rationnelles, il faut bien l'admettre, cette thèse masquait une conception politique fort peu nuancée. Pour elle, la culture, phénomène individuel, se détache du politique(69); ses prolongements collectifs ne peuvent, raisonnablement, réagir sur l'économique. Sur cette grossière confusion de la culture et du folklore, cette thèse en vient à abolir la signification du compromis communautaire, genèse du fédéralisme:

* Federalism was a manifestation of democratic constitutionalism; it involved the division and limitation of governmental power, the demarcation of forbidden zones, the frustration of the will of the majority on issues deemed to be of special import-

(69) Lamontagne, Le fédéralisme canadien (1954) pages 280 et suivantes.

" tance to regionnally grouped minorities; it implied political pluralism, decentralised policies as well as decentralised administration, a readiness to hasten slowly by means of bargains and compromises and to acquiesce in legalistic solutions to governmental problems (70) ."

Quant à la seconde thèse d'un pragmatisme plus se-rein, elle entrevoit le fédéralisme comme une transition, plus ou moins achevée, mais irréversible, vers l'Etat unitaire; dans les années 50, faut-il le rappeler, ses adeptes furent nombreux. Avec moins de scrupule, encore, que la précédente, cette thèse n'accepte le fédéralisme que dans la mesure où il permet de contenir les particularismes; à la longue, croit-on, la contrainte permettra de les résorber. A ses origines, la fédération canadienne n'a pas échappé à de semblables influences; ainsi, est-il logique que le mouvement centraliste qui suivit la seconde guerre, en ignorant toute une tradition jurisprudentielle défavorable, ait prétendu renouer avec l'esprit de la Confédération.

Sans doute, le fédéralisme peut-il déboucher sur l'unitarisme; mais ce processus ne répond à aucune nécessité logique et il apparaît dangereux de forcer les limites naturelles qu'il impose (71) . Dans cette perspective, il peut être

(70) De Smith, *The New Commonwealth and its Constitution* (1964) page 253.

(71) Pour s'en convaincre, il suffit de voir les difficultés constitutionnelles, au Nigéria, depuis 25 ans. Une analyse détaillée en est donnée par Kaluezera, *Constitutional Developments in Nigeria* (1964) page 244.

utile de dégager, brièvement, l'orientation du fédéralisme dans différents pays, en insistant sur ses dimensions communautaires.

A ses origines, disions-nous, le fédéralisme canadien s'est, largement, identifié à ses objectifs immédiats; parce qu'ils étaient étroitement liés à ses initiatives économiques et militaires, le fédéral acquit des compétences étendues. Nous avons tenté d'expliquer, par l'histoire, le contour unitaire de la constitution canadienne. Phénomène significatif, le fédéralisme paraît, universellement, résulter de préoccupations semblables (72); face à des difficultés militaires et économiques, il s'introduit comme une solution de compromis. Partout, il se heurta à de vives résistances et il est normal que ceux qui le préconisent, viennent à grossir les inconvénients d'une autonomie trop vindicative (73). Le fédéralisme contient donc, dans ses premières démarches, une réaction centraliste qui s'est exprimée, avec insistance, dans le langage constitutionnel. Dans un tel contexte, les passions risquent de s'aviver et de trahir le sens naturel du compromis communautaire. Dès lors, ne faut-il pas s'étonner, outre mesure, que les constitutions n'aient pas joué le rôle normatif auquel tout semblait les destiner. Il était inévitable que la jurisprudence refoule certaines dispositions, d'apparence précise, et que les gouvernements adoptent un comportement analogue. Entrainé par la mo-

(72) Stewart, *Modern Forms of Government* (1959) pages 144 et suivantes.

(73) Morin, *Le Fédéralisme* (1963-64) pages 28 à 37.

bilité des facteurs communautaires, l'équilibre fédératif se déplace et s'écarte du langage constitutionnel.

Aux Etats-Unis, l'histoire et la géographie avaient façonné des particularismes tenaces. Le sectarisme religieux et politique qui avait provoqué, à différentes époques, la dispersion d'une population immigrée, ne s'était pas effacé; ces communautés, devenues colonies, demeuraient, en raison de leur isolement, fortement homogènes. De plus, le climat et la géographie, en diversifiant les intérêts économiques, ne firent que durcir cette tendance ségrégative. Malgré leurs affinités raciales et culturelles, les colonies se fédérèrent, sans enthousiasme.

Les forces ségrégatives apparurent si vives qu'elles firent échouer une première expérience fédérale (74). Ainsi, en 1887, comprit-on que le fédéralisme ne serait viable qu'en renforçant l'autorité centrale; contrairement à la précédente, la constitution qui fut rédigée, ne subordonnait pas l'initiative fédérale aux voeux des entités fédérées. Rien, à cette époque, ne préfigurait l'engagement du fédéralisme américain dans la voie de la centralisation. En Australie, les colonies furent, également, réticentes au projet fédératif; la langue et les institutions politiques qu'elles partageaient, ne parurent pas constituer une proximité communautaire décisive.

(74) Wheare, Federal Government, 4ème Edition (1963) pages
3 - 4.

Si les objectifs militaires poursuivis n'avaient pas été aussi impérieux (75), il est possible que l'intransigeance des régionalismes économiques aurait fait avorter le projet. En ce qu'il reconnaît le concept de minorité économique, le fédéralisme australien paraît, dans une certaine mesure, s'apparenter au nôtre.

Ces fédérations, prétend-on fréquemment, seraient, depuis leur origine, engagées dans un mouvement irréversible de centralisation (76); ce monisme, facilité par l'homogénéité culturelle (77), s'expliquerait par l'émergence d'un nouveau facteur communautaire: la prospérité et ses avantages, croit-on, auraient provoqué, dans le peuple, un sentiment de solidarité (78). Cette perspective est, partiellement, contredite par l'histoire: faut-il rappeler l'insistance avec laquelle le Parti républicain américain, lors de la campagne de 52, dénonça la centralisation (79); dégagée de son contexte électoral, cette attitude reste significative en ce qu'elle traduit une préoccupation persévérandante:

"There is obviously a continuing American prejudice (though not shared by all people) in favour of the small, relatively weak, and local, and against the larger, stronger, and more "distant" government (80)."

(75) Stewart, Modern Forms of Government (1959) page 144.

(76) McWhinney, Comparative Federalism (1965) page 16.

(77) Aiyar, Federalism and Social Change, page 19.

(78) Pelloux, Le fédéralisme européen (1956) page 363.

(79) Anderson, The Nation and the States, pages 8 et 9.

(80) Anderson, The Nation and the States, page 141.

Dans l'ensemble, les fédérations récentes sont centralistes (81); rédigées en période d'intense centralisation, leurs constitutions ne font que reproduire l'image, apparue alors, la plus actuelle du fédéralisme. Mais il n'est pas sûr que leurs constitutions reflètent un compromis communautaire satisfaisant; l'expérience nigérienne permet d'en douter (82). Le fédéralisme indien présente, avec le nôtre, certaines analogies: dans les deux pays, persistent de vigoureux facteurs ségrégatifs: les dissimilarités religieuses, culturelles et linguistiques, en Inde, sont toutefois bien plus nombreuses (83). Phénomène curieux, dans chacune de ces fédérations, on semble avoir voulu réagir contre ces pressions centrifuges: chaque constitution attribue, au gouvernement fédéral, des compétences fort étendues. Des impératifs économiques et militaires furent, dans les deux cas, invoqués pour justifier une unité politique qui, bien qu'artificielle, demeure consistante. Toutefois, l'orientation concrète du fédéralisme indien reste imprévisible. D'ailleurs, nous le verrons, des différences profondes distinguent notre régime politique de l'expérience indienne. L'autonomie provinciale, au Canada, s'inscrit dans un contexte économique particulier; de plus, elle réfère à une tradition qu'il ne serait pas facile d'effacer.

(81) de Smith, *The New Commonwealth and its Constitution* (1964) page 268.

(82) Kaluezera, *Constitutional Developments in Nigeria* (1964) page 244.

(83) Stewart, *Modern Forms of Government* (1959) page 144.

b) La genèse d'un mythe.

Nous avons vu que la jurisprudence du Conseil Privé avait étouffé les tendances centralistes de la constitution; l'équilibre constitutionnel répondait, alors, assez fidèlement, aux voeux du fédéralisme classique. Voilà qu'avec les années 30, le fédéral élargit sa zone d'activité; une foule de motifs lui suggérait d'intervenir dans l'aménagement des politiques sociales. Pour légitimer son comportement, le fédéral renouant ainsi avec la psychologie euphorique de 67, relança le concept d'unité nationale; l'avenir allait, bientôt, prouver la fragilité d'une unité érigée sur des bases trop artificielles. Aujourd'hui, la validité même du concept se voit remise en cause, si l'on s'interroge sur les postulats communautaires actuels du fédéralisme canadien.

Le néo-fédéralisme offrit au concept d'unité un terrain très favorable. Apparu comme le corollaire communautaire de la centralisation politique, le concept d'unité nationale servit à la justifier; en refusant l'unité, on s'opposait, disait-on, au progrès. L'autonomie prétendait-on, ne devait pas interrompre la mise en œuvre des objectifs économiques que le fédéral s'était fixés. Les provinces ne devaient pas s'accrocher à une phase révolue du fédéralisme (84). L'affirmation

(84) Lamontagne, Le fédéralisme canadien (1954) pp 284 et 285: "La façon dont le Québec participe présentement à la vie de la fédération canadienne est telle que cette province subit les inconvénients de la fédération sans en retirer tous les avantages et que le reste du Canada est empêché d'atteindre de nouveaux objectifs. Pour un temps, les autres membres de la fédération accepteront de marquer le pas, en attendant que la province de Québec les rejoigne. S'ils constatent qu'elle demeure imbronchablement au même point, ils cesseront de l'attendre. Le séparatisme ne pourrait-il pas lui être plus ou moins imposé un jour?"

des particularismes eut tôt fait d'apparaître comme une attitude réactionnaire. On n'osait pas affirmer que ce néo-fédéralisme débouchait sur l'Etat unitaire. Plusieurs motifs, cependant, permettaient de l'entrevoir comme un mouvement irréversible vers une centralisation croissante des compétences. On invoquait, d'abord, le gigantesque regroupement des intérêts économiques dans des structures qui défiaient le découpage géographique des provinces (85).

L'attitude des compagnies d'assurance traduit fidèlement, le changement de mentalité qui s'était opéré. Pendant plus de vingt ans, elles s'étaient attaquées aux lois fédérales qui prétendaient les régir. La dépression économique les avait convaincues de la nécessité d'une centralisation fiscale; en Alberta, le crédit social leur fit craindre les méfaits possibles d'un provincialisme chauvin (86). D'autre part, dans ce

(85) Corry, Constitutional Trends and Federalism dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 111: "Industrial concentration has proceeded at a rapid pace. One industry after another has come to be dominated by a few great corporations. These mammoths and a number of more nebulous but nevertheless very real industrial combinations have deployed themselves in a nationwide arena... The men who control them are compelled to think in nationwide, if not national terms. They do not want laissez faire, or the free fluctuating market, or the unco-ordinated tinkering of many state or provincial governments. Instead, they want stability in prices, in labor relations, in monetary, fiscal, and other governmental policies, so that they can engage in longrange planning for their industry. They want the economy to be manageable, and within the limits, to be managed with a foresight which takes their nationwide concerns into account."

(86) Corry, Constitutional Trends and Federalism dans Evolving Canadian Federalism, page 113.

contexte de "guerre froide" les impératifs militaires vont être réaffirmés pour justifier la prééminence politique du fédéral; les dépenses d'armement sont coûteuses et celui-ci ne pourra les assumer si l'on restreint son pouvoir fiscal (87).

En s'associant, le Québec et l'Ontario continuaient, quelque peu, les pressions agrégatives. Plusieurs motifs justifiaient leur attitude: l'amitié qui liait leurs chefs politiques fut souvent invoquée mais on peut douter qu'elle ait constitué un facteur décisif; à maints points de vue, la centralisation comportait, pour elles, des sacrifices appréciables. Peu à peu, le concept d'autonomie prit un sens économique et il devint évident que, en s'alliant, ces provinces risquaient de compromettre la centralisation.

La guerre, toutefois, vit s'effriter cette solidarité; par patriotisme, l'Ontario consentit généreusement à l'effort de guerre; pour le même motif, le Québec s'opposa à la conscription. Dès 1947, l'Ontario accepta les propositions fiscales fédérales. À compter de ce moment, l'isolement du Québec devint plus radical; la fédération s'engageait dans un conflit culturel qui n'est pas encore dénoué. Quittant ses justifications économiques, le concept d'unité se chercha un sens communautaire plus profond: les particularismes ethniques devaient, dans l'intérêt général, se soumettre au processus de la "canadianisation":

" If the people of several states and provinces remained stubbornly determined to find their prin-

(87) Lamontagne, Le fédéralisme canadien (1954) page 157.

" pal collective expression as Tarheels or Bluenoses, we should not have arrived where we are. So it seems necessary to put as a major factor in the superseding of the classical federalism some nationalizing of sentiment. The cautious phrasing of this statement may seem to some quite unnecessary. Of course, we have become Americans, Canadians, and Australians (88)."

Cette attitude, faut-il le rappeler, contrariait la raison d'être du fédéralisme. Parce que le conflit opposait au Canada anglais, un Québec français, les nationalismes se durcirent. Le Québec en vint à ne plus se reconnaître dans l'imagerie traditionnelle: refusant le statut de province minoritaire qu'on voulait lui imposer, il affirma représenter une collectivité nationale. La singularité du phénomène québécois, i.e. la coincidence d'une minorité et d'un Etat national de plus en plus articulé, semblait échapper au Canada anglais (89).

Le Québec voulait s'associer au progrès mais encore fallait-il que l'on trouve des formules de participation qui lui soient acceptables. Profondément nationalistes, les québécois n'ont jamais accueilli, avec chaleur, les initiatives du fédéral;

(88) Corry, Constitutional Trends and Federalism dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 99.

(89) Olliver, Problems of Canadian Sovereignty (1945): "Two classes of people have been the enemies of Canadian unity, those who have placed another country above Canada in their love... and secondly those nationalists with a narrow provincial concept who have constantly attacked the federal power just as if the provinces were not represented at Ottawa and were not part of the federal system but separate entities fighting a foreign government." - Notons que cette conception s'appuyait partiellement sur un sophisme: car c'est le peuple canadien que le Parlement fédéral représente effectivement, et non pas les provinces.

aux institutions qu'ils contrôlent, ils ont toujours voué un in-défectible attachement (90). Sans doute, par le passé, le Québec s'était-il montré plus tolérant; sensible aux persécutions des minorités françaises, sa réaction demeura souvent timide. Voilà que son nationalisme devint plus vindicatif. Il n'iden-tifiait plus son autonomie à la défense d'une religion, d'une langue et d'une tradition juridique; en rappelant les garan-ties qu'il avait acquises en ces domaines, sous un régime de centralisation politique (91), on méconnaissait les préoccupa-tions nouvelles de son nationalisme. Le Québec, représenté au Parlement fédéral, y montrait peu d'enthousiasme: la contrain-te des majorités, il l'avait appris, ne pouvait que lui imposer d'amers sacrifices. Cette désaffection du Québec ne cessa de s'intensifier; il devint évident que le fédéralisme ne rede-viendrait acceptable aux québécois qu'en leur permettant de s'ex-primer par la voix du seul gouvernement auquel ils pouvaient s'i-dentifier vraiment, le gouvernement du Québec.

La persévérance du Québec ne fut pas inutile. Avec le temps, d'autres provinces vont tenter, timidement, de s'éman-ciper du joug fédéral. Après être apparue comme une perversion du fédéralisme, l'autonomie provinciale se vit revalorisée. A me-sure que l'unité canadienne se désagrégait, s'amorçait un mou-

(90) Beetz, Les attitudes changeantes du Québec vis-à-vis la constitution de 1867 dans L'Avenir du fédéralisme cana-dien, (1965) page 127.

(91) Scott, Centralization and Decentralization in Canadian Federalism (1951), 29, Canadian Bar Review 1095, page 1096.

vement favorable à l'affirmation des particularismes:

" Canadians possess no expectation or desire to have politics or geography produce the very real social homogeneity which is now found in the United States or Australia. Nationalism for Canadians cannot mean or aspire to mean the use of the state to create complete social unification (92)."

Autour des années 50, avec la défaveur relative des théories keynésiennes, le pouvoir central ralentit son rythme; le phénomène fut universel et, partout, vit-on resurgir les pressions ségrégatives (93). Aux élections américaines, en 1952, le Parti républicain vit juste en préconisant la décentralisation politique.

c) Le nouveau fédéralisme: un retour à la réalité dualiste.

Sans doute, peut-on considérer, aujourd'hui, dépassée, la formule originale du fédéralisme coopératif qui procédait sur une base de contrainte. La diversité communautaire est, généralement, acceptée comme une coordonnée irréductible de notre fédéralisme.

(92) McD Clokie, Canadian Government and Politics (1950) p 8.

(93) Parenteau, Crise de l'unité nationale, Crise du régime économique, page 86: " A l'heure où l'on remarque dans tous les pays du monde un renouveau d'intérêt et de sollicitude pour les problèmes régionaux, succédant à une phase de centralisation excessive, toute la construction fédérale se trouve ébranlée. L'affaiblissement du pouvoir central sur le plan politique, le réveil sensationnel de la collectivité canadienne-française sur le plan culturel, la défaillance relative des théories économiques centralisatrices du type keynésien sur le plan économique, ont révélé plus clairement que jamais la vigueur des forces centrifuges et l'hétérogénéité du pays."

déralisme (94). Mais le problème constitutionnel n'est pas, pour autant réglé: une fois aboli le processus de "canadisation" de la population, comment articuler, dans la légitimité, ces particularismes multiples? D'autres voies d'uniformité ne sont-elles pas à craindre? S'il est vrai que, aux pressions centralistes, les provinces anglaises n'ont, jamais, cédé entièrement, faut-il en conclure que le concept d'autonomie présente, à travers le pays, un contenu homogène et qu'il appelle des formes identiques (95)? Le fédéralisme canadien, réfractaire à la réception intégrale d'un concept démocratique trop sensible au jeu de la majorité, ne risque-t-il pas une impasse aussi sérieuse: l'intégration des provinces ou, éventuellement, des régions, sur la base d'une identité absolue de leurs statuts politiques. En imaginant des structures fédérales optionnelles, toutes les provinces pourraient voir s'élargir leur autonomie. Mais le particularisme québécois, i.e. la coincidence d'une minorité et d'un Etat national, ne justifie-t-il pas un mode particulier d'association? Formant une communauté particulière, cette province peut-elle trouver dans le fédéralisme, un compromis satisfaisant? Cette question, demeurée ouverte, préoccupe vive-

(94) O'Hearn, Peace Order and Good Government (1964) page 33: "And that is why any merely economic or merely political basis for Canadian unity will fail as will any attempt to impose absolute uniformity... Let national sentiment grow, by all means, but not at the expense of that useful and cherished diversity that has evolved over the years."

(95) Laporte, Une nouvelle constitution, dans Le Canada face à l'avenir (ICAP 1964) page 108.

ment le Québec actuel.

En réaction contre la centralisation, le Québec avait insisté sur l'importance de son particularisme ethnique. Depuis peu la conscience de la dualité nationale du Canada n'a cessé de se préciser; s'objectivant, avec audace, dans les institutions, elle paraît résorber les autres particularismes ethniques (96). La Commission Tremblay y vit le postulat le plus fondamental du fédéralisme canadien (97). La thèse du pacte confédératif qu'avait si aisément répudiée la pensée centraliste, fut raffermie (98). Cette dualité ethnique, introduite par l'historien, ne pouvait être ignorée. Sans doute, les garanties culturelles, inscrites dans la constitution, ne suffisaient plus; depuis 1867, le nationalisme québécois, en s'avivant, s'était défini de nouveaux objectifs. Pour résorber les conflits virtuels, il fallait que le fédéralisme canadien adopte un style qui reflète mieux la dualité culturelle. Le contexte politique actuel peut laisser croire qu'il s'y achemine (99).

(96) Dion, Fondements et composantes des relations inter-ethniques au Canada, dans Le Canada face à l'avenir (ICAP 1964) page 15: "Du point de vue ethnique, il y a finalement une double manière d'être canadien: l'une française, l'autre anglaise. Sans doute, l'état de cette double conscience d'ethnicité varie selon les régions et les statuts socio-économiques et c'est là une constatation importante."

(97) Morin, Le fédéralisme (1963-64) page 197.

(98) Bissonnette, essai sur la Constitution du Canada (1964) p 46.

(99) McWhinney Federalism, Constitutionalism and Legal Change: Legal Implications of the Revolution in Quebec dans The Future of Canadian Federalism, p 161: "My point will be, simply, that to a considerable, and, I believe, an increasing extent, biculturalism as a constitutional phenomenon having concrete substantive legal and institutional consequences, is already part of the constitutional law-in-action in Canada... If, in fact, there exists today a practical constitutional requirement of concurrent majorities as to policy issues really affecting the fundamentals of Quebec's culture..."

Plus d'un siècle après l'Union, le fédéralisme canadien réintroduisait le critère ethnique (100); le binationalisme redevenait un principe politique fondamental. Sans qu'on s'en rende trop compte, s'était développée au Canada, une conception fortement ethnociste de la politique .

Certains s'objectent à ce qu'on reconnaisse au Québec, un statut d'Etat national. En identifiant l'Etat à la communauté nationale, affirment-ils, le Québec réagit contre un mouvement historique bien engagé (101); plusieurs sociétés multinationales contemporaines, d'ailleurs, tolèrent, sans trop de difficultés, une structure politique unitaire. Si séduisante soit-elle, cette thèse ignore la singularité du phénomène québécois, qui ne peut être bien comprise que dans son contexte historique:

" Les deux groupes ethniques, anglophone et franco-phone, appartiennent historiquement à des types d'organisation sociale différents. Ces types eux-mêmes portent la marque des cultures européennes auxquelles ils se rattachent. Transposés en Amérique, ils affirment leurs caractères originaux, que l'influence d'un milieu nouveau modifie, atténue ou amplifie, mais ne détruit pas. Les classes sociales dominantes et les institutions qu'elles dirigent canalisent ces propensions vers des objectifs économiques. La politique est le moyen direct ou indirect grâce auquel les propensions en-

(100) Scott, French Canada and Canadian dans Evolving Canadian Federalism (1958) page 84.

(101) Trudeau, Federalism, Nationalism and Reason, dans The Future of Canadian Federalism, cette thèse pourrait s'appuyer sur Dabin, l'Etat ou la Politique (1957) pages 163-164.

" gendrent des conséquences économiques (102)."

Ce fait sociologique du binationalisme (103) que l'on accepte de plus en plus comme un substitut légitime au concept factice d'unité canadienne, comment le transposer dans l'ordre politique? C'est dans cette perspective de solution que s'inscrit l'idée d'un statut particulier pour le Québec. Sans doute, s'agit-il d'une réalisation fort complexe; l'histoire indique que l'expérience peut réussir (104).

(102) Faucher, dans Hommage à M. le juge Bernard Bissonnette, page 238.

(103) Dion, Fondements et composantes des relations inter-ethniques au Canada, dans Le Canada face à l'avenir (ICAP 1964) page 25: "Au Canada, les mécanismes sociaux propres à canaliser les rapports inter-ethniques favorisent à un haut degré le développement de la double conscience d'ethnicité. Un tel procédé vient de la tendance à considérer les institutions dont dispose une minorité comme "particulières" et par conséquent "ethniques" tandis que les institutions identifiées avec la majorité sont définies comme "communes" et donc "non ethniques". C'est d'ailleurs la façon de voir de ceux qui disent que le Canada, sauf l'enclave québécoise, est anglais... Je me borne à enregistrer le fait que la société canadienne est aménagée de façon à permettre l'expression d'une double conscience d'ethnicité au point où plusieurs parlent de la "dualité canadienne" comme d'un fait acquis."

(104) McWhinney et Morin, dans L'Avenir du fédéralisme canadien (1965) donnent quelques exemples historiques, en ce sens: "One is aware that it is not unique, in terms of comparative constitutional law experience, for one constituent unit within a federal or plural legal system to claim, and actually to receive special legal privileges and status in comparison to the other constituent units. The general assumption, in the English-speaking federal systems at least, that all constituent units within a federal system must as between themselves, have equal status and powers, is neither historically true nor logically necessary."

d) Un facteur important: le régionalisme socio-économique.

Si le Québec obtenait un statut particulier, que deviendraient les autres provinces? Certains écartent, trop facilement, ce problème; pour les provinces anglaises, affirment-ils, le processus de centralisation serait inévitable (105). Or, en marge du binationalisme, un autre particularisme semble s'affirmer: le concept de minorité économique. De plus en plus, dans les provinces anglaises, aussi bien qu'au Québec, la décentralisation paraît souhaitable; le gouvernement fédéral actuel, apparemment, serait de cet avis (106). Le style d'un statut particulier devrait, éventuellement, s'articuler à cette conception dynamique du rôle des provinces. Cette approximation d'un nouveau fédéralisme qui répondrait lucidement à ces multiples données communautaires, commence à se préciser; il ne faudrait pas la rejeter sans critique sérieuse:

" Le critère traditionnel, le critère 67 de la division des tâches... ne vaut rien aujourd'hui... il faut donc substituer, dans la pratique, à l'ancien critère, deux autres qui s'inspirent du bon sens et de l'Acte de 67: 1) le critère de l'aptitude: à chaque ordre de gouvernement ce qu'il est particulièrement apte à bien faire en principe et dans la conjoncture du moment... 2) le critère de l'accord des deux

(105) Morin, Vers un nouvel équilibre constitutionnel dans *The Future of Canadian Federalism* (1965) pages 142 et s.

(106) Premier ministre Pearson (27 mai 1964) cité par Jacques Parizeau dans *Prospects for Economic Policy in a Federal Canada*, dans *L'Avenir du fédéralisme canadien* (1965) page 153. Au même effet, Gordon, *Troubled Canada*, (1961) page 12.

" nations: on ne doit pas confier au gouvernement central ce sur quoi les deux nations s'opposent clairement (107)."

Depuis quelques années, le conflit ethnique, au Canada, fit oublier l'importance des régionalismes. Fort tenaces, en 1867, ils eussent, seuls, justifié une forme fédérale. Provoqués par une géographie assez ingrate (108), ces régionalismes constituent des recouplements autonomes auxquels on ne peut, sans difficultés, surimposer le concept biethnique. Découpé en cinq grandes régions naturelles fort différenciées, le pays présente une hétérogénéité ethnique qui ne s'identifie qu'artificiellement au binationalisme; la conscience ethnique anglo-saxonne, diversifiée par la géographie, paraît, dans l'ensemble, très diffuse (109).

Par le style de son régionalisme, notre régime actuel révèle ses affinités au fédéralisme australien (110). Pour ce motif, certains tiennent que devrait, logiquement, en marge de la dissidence québécoise, s'accentuer un mouvement d'intégration socio-économique; à l'exemple de l'Australie, à s'unifier, en

(107) Pépin, Le Fédéralisme coopératif dans Le Canada face à l'avenir (ICAP 1964) page 113.

(108) Lamontagne, Le fédéralisme canadien, page 10: "Les grandes diversités géographiques faisaient que les problèmes nationaux avaient de fortes incidences régionales et donnaient naissance à des particularismes tenaces. D'ailleurs, les grandes distances et l'état peu évolué du système de communications à cette époque rendaient presque impossible l'administration du pays par un gouvernement unique."

(109) Dion, Fondements et composantes des relations inter-ethniques au Canada, dans Le Canada face à l'avenir (ICAP 1964) page 15.

(110) Pelloux, Le fédéralisme européen (1956) page 363.

affirmissant son identité culturelle, le Canada anglais, disent-ils, ne trouverait que des avantages (111). Mais cette perspective ne paraît séduire qu'une minorité (112); davantage, semble-t-on préconiser des formes constitutionnelles qui permettent à ces régionalismes de s'exprimer (113). Mais la reconnaissance de ces régionalismes suffirait-elle? Dans l'hypothèse d'une intégration politique des Maritimes et de l'Ouest, sans doute, serait-elle parfaitement légitime; ce processus, d'ailleurs, ne pourrait qu'entrainer un équilibre fédératif plus stable. Pourtant, la réalité est plus complexe; aussi incohérent soit-il, l'actuel cloisonnement politique des provinces, il faut bien l'admettre, est un fait historique bien réel. En

- (111) Mallory, *The Future of Canadian Federalism* (1965) page 3: "It is not improbable that the practical advantages of centralization, which English-speaking Canadians would probably accept, would have led - it had done in the United States and Australia - to the growing obsolescence of federalism. But Canada is not the same kind of federal state as the United States or Australia, where the growing homogeneity of the population is likely to lead inevitably to national integration. The difference is what is now usually described as the French-Canadian fact."
- (112) MacKay, *Commentaries in the Future of Canadian Federalism*, page 170.
- (113) Faribault, A Fowler, 10 pour un ou le Pari confédératif (1965) page 103. Voir aussi: McD Clokie, *Canadian Government and Politics* (1950): "The existence of such marked regional and racial differences in the country makes the homogeneous variety of nationalism impracticable for Canada... Whatever changes are made in the constitutional system must be founded on a recognition of diversity within the country... The problem in Canadian federalism thus becomes one of devising machinery by which the regional differences may find expression without disrupting the Dominion and may be brought to co-operation for the general welfare."

justifiant la dissidence du Québec, on ne peut être insensible aux préentions légitimes des provinces anglaises; minorités économiques, celles-ci ne doivent pas, contre leur gré, se voir contraintes à l'unité politique:

" But Quebec is not the only, or even the main obstacle to the unitary scheme. Quebec is the most distinctly and vocally different province, but there are others just as set on preserving their own autonomy and individuality... A part from the formal and legal differences between the provinces there are political and economic differences. These differences are reflected in the provincial governments. The evangelistic administrations of the Prairies contrast sharply with the traditional and prosaic administrations of the Maritimes, but even within these grouping there are persevering differences. The economy of each province has a certain unity and divergency from the rest that absolutely demands the protection and fostering of local autonomous authority (114)."

Voilà, largement nuancée, l'affirmation des deux Canada, entrevue comme collectivités homogènes. A travers les revendications actuelles de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, de plus en plus, on se rend compte que leur adhésion passée au mouvement centraliste n'était pas aussi définitive qu'on voulait le croire et, certains l'ont noté, avec justesse, ce changement d'attitude semble vouloir se généraliser (115). Sans doute, certaines provinces anglaises accusent-elles, par rapport au Québec, un retard sérieux dans la voie de l'affirmation économique. Mais, dans la mesure où cette initiative leur est offerte, elles ne cachent pas leur satisfaction (116). Il faut se rappeler que

(114) O'Hearn, Peace Order and Good Government (1964) p 20.

(115) Parizeau, Economic Planning in Democratic Society (9th CIPA).

(116) O'Hearn, Peace Order and Good Government (1964) p 20.

la centralisation n'avait pas banni l'autorité économique des provinces; par le contrôle qu'elles exerçaient sur leurs richesses naturelles, celles-ci continuaient d'influencer largement le développement du pays (117). Maintenant que leur ascendance économique sur le fédéral, interrompue par la crise des années 30, paraît, de nouveau, s'accélérer (118), faut-il s'étonner qu'elles revendiquent une plus large compétence législative .

Sans doute, les forces agrégatives, apparues dans les secteurs industriels et syndicaux, restent-elles bien vivantes; le nationalisme économique qui veut refouler la pénétration américaine, en exprime toute l'actualité. Il ne fait pas de doute que leur vigueur passée s'est amollie; d'abord en réaction contre l'émancipation économique des provinces, elles paraissent maintenant s'en accommoder; si les deux ordres politiques doivent planifier, croit-on, il faut aménager des structures qui permettent de coordonner leurs priorités respectives (119). Dans ces circonstances, apparaît-il peu réaliste d'écartier le concept

(117) Scott, French Canada and Canadian Federalism dans *Evolving Canadian Federalism* (1958) page 78: "While federal authority in Canada is at a high point, the provinces have by no means sunk back into insignificance. The control over their natural resources gives them a key position in the economic development that is taking place. It is chiefly to the provinces that the private entrepreneur must go for the oil and mineral rights he seeks, unless he invests in the Northwest Territories."

(118) Hood, Economic Policy in our Federal State dans *The Future of Canadian Federalism*, pages 63-64

(119) Macdonald, dans *Economic Planning in a Democratic Society* (9th CIPA), page 68.

de minorité économique des postulats actuels du fédéralisme canadien. Sans doute, justifie-t-il des formes différentes de celles qu'appelle l'affirmation du caractère biethnique. La tâche consiste à les articuler dans une structure fédérale viable (120).

A la recherche d'un fédéralisme plus satisfaisant, il est possible de suggérer, dans une formule heureuse, les options communautaires qu'il devra admettre:

" Les canadiens concentrent, aujourd'hui, sur les provinces, une plus grande partie qu'autrefois de la puissance de l'Etat. Mais, sauf au Québec, les canadiens anglophones sont en majorité dans les provinces et ils sont en mesure de faire le choix qu'ils estiment le plus fonctionnel. Cette alternative fonctionnelle est interdite aux québécois. Ils ne contrôlent que le Québec (121)."

Vouloir entraîner le Québec dans une voie politique différente de celle que l'histoire lui a tracée, c'est risquer de compromettre, définitivement, le fédéralisme canadien.

-0-0-0-

(120) Bowie, A Friedrich Studies in Federalism (1954) page 318.

(121) Beetz, Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 dans L'avenir du fédéralisme canadien (1965) page 135.

DEUXIEME PARTIE

INDEX

DEUXIEME PARTIE: A LA RECHERCHE D'UN NOUVEAU FEDERALISME PARTICULIER

CHAPITRE I

pp

Postulats démocratiques et nationalistes d'un fédéralisme particulier	1
1. Démocratie et fédéralisme	2
2. Nationalismes et fédéralisme	6
3. Un fédéralisme particulier	9

CHAPITRE II

Une nouvelle répartition des compétences législative, exécutive et judiciaire	13
1. Disparition des clauses vétustes ou autrement inacceptables	13
2. Attribution du pouvoir résiduel aux provinces	16
3. Diverses compétences attribuées au Québec (articles 91 et s)	17
a) tout le domaine social	17
b) les pêcheries intérieures	18
c) l'administration des affaires in- diennes et esquimaudes	18

d) le mariage et le divorce	18
e) le droit criminel	18
f) l'éducation	18
g) l'agriculture	19
h) l'immigration	19
i) plateau continental	19
j) radio et télévision	19
k) pouvoir d'incorporation	20
l) portée de l'expression "droits civils" de l'article 92(13)	20
4. La répartition des ressources fiscales	20
a) la fiscalité et le fédéralisme classique	20
b) la centralisation fiscale	22
c) la décentralisation fiscale	25
d) partage des pouvoirs de taxation et fédéralisme de participation	27
5. La compétence internationale des provinces	30
6. La répartition de la compétence judiciaire	34

CHAPITRE III

Les nouvelles institutions d'un fédéralisme canadien bi-national	37
1. La constitution: une charte des droits des citoyens canadiens	37
2. La Chambre des communes et le gouvernement du Canada	39
3. Le Sénat	40
a) le Sénat canadien: les apparences d'une démission	42
b) le bicaméralisme, droit commun des états fédéraux	44
c) le réaménagement du Sénat canadien	48
4. La Cour suprême du Canada	50
5. Les conférences fédérales-provinciales et les conférences interprovinciales	52
Conclusions	54

DEUXIEME PARTIE: A LA
RECHERCHE D'UN NOUVEAU
FEDERALISME CANADIEN

CHAPITRE I

POSTULATS DEMOCRATIQUES ET NATIONALISTES
D'UN FEDERALISME PARTICULIER

Dans notre première partie, nous avons vu le fédéralisme apparaître comme un principe politique mobile que la jurisprudence adaptait au mouvement des forces communautaires. Au terme de cet exposé, nous dégagions les postulats actuels du fédéralisme canadien: d'abord, l'émergence du Québec, comme Etat national; ensuite les pressions montantes de certaines provinces anglaises qui, en tant que minorités économiques, affirment leur particularisme et veulent s'émanciper du pouvoir central.

Mais ces modifications du fédéralisme canadien qui appellent de nouvelles formes d'association, sont elles-mêmes, indirectement peut-être, des résultantes de transformations profondes opérées au niveau des structures gouvernementales. Ce sont ces structures qu'il nous faudra analyser si l'on veut découvrir des formules qui ne contraignent pas les particularismes ethniques et économiques et soient compatibles au principe fédératif.

Ces structures, nous voulons les étudier sous deux angles principaux, ayant deux préoccupations majeures qui nous

serviront d'éclairage ou d'objectifs:

1. En quoi pouvons-nous modifier les structures actuelles pour en améliorer la valeur démocratique?
2. De quelle façon pouvons-nous redéfinir le fédéralisme canadien pour donner au Québec la plus grande mesure de souveraineté possible, sans toutefois porter atteinte à l'existence même du Canada en tant qu'Etat fédéral?

C'est dans cette double perspective que nous examinerons donc les structures du fédéralisme canadien, et plus particulièrement, le partage des compétences entre Ottawa et Québec. Mais nous nous limiterons à envisager le moins de changement possible au système actuel sans sacrifier les éléments essentiels de nos deux objectifs. Il ne s'agit donc pas ici de considérer par exemple les avantages du système présidentiel. Notre propos n'est pas d'inventer une nouvelle constitution mais d'adapter celle que nous avons aux nécessités de l'heure.

1. Démocratie et fédéralisme.

Le fédéralisme comporte, du point de vue démocratique une réalité paradoxale: d'une part, il permet à chaque citoyen d'un état fédéral de distinguer deux ordres de gouvernement, d'identifier deux groupes de responsabilités, et de faire un choix politique distinct à l'égard de chacun d'eux. Ainsi le citoyen d'un pays unitaire lorsqu'il accorde à un candidat ou à un parti politique son suffrage n'a pas le loisir de distinguer, par exemple, la politique étrangère et la politique scolaire; il

doit voter pour le candidat ou le parti qui lui donnent le plus de satisfaction soit sur un point, soit sur l'autre, ou peut-être lui donnent le moins d'appréhension sur l'une et l'autre question. Le citoyen d'un pays fédéral, par contre, a le choix d'appuyer, sur le plan fédéral, tel parti politique en raison de sa politique extérieure, et, sur le plan provincial, tel autre parti politique en raison de sa politique scolaire.

Cette double faculté de discernement que le régime fédéral procure aux citoyens a en soi une valeur démocratique. Encore faut-il, cependant, que les citoyens puissent vraiment jouir de cette faculté. Or, et c'est là qu'apparaît le paradoxe, les états fédéraux agissent le plus souvent de telle sorte que le citoyen y exerce plus difficilement qu'ailleurs ses droits démocratiques.

La démocratie exige, en effet, que le peuple puisse comprendre et identifier clairement les débats et les responsabilités politiques. Or, en pratique, le comportement des gouvernements fédéraux, face à la complexité des problèmes administratifs, consiste le plus souvent à établir un ensemble de plans conjoints et de subventions particulières, tout en exerçant un certain nombre de compétences concurrentes. Ce comportement est tel que le pauvre citoyen y perd son français devant le jargon de la politique fédérale où s'entremêle un inextricable écheveau de

responsabilités et de services administratifs (1). Sans compter que, le plus souvent, on vient ajouter à sa confusion entre les deux ordres de gouvernements, la confusion des partis politiques qui ne se gênent pas pour offrir au public la contradiction de leur structure unitaire au sein d'un état fédéral, question sur laquelle nous reviendrons plus loin.

S'il est vrai que l'organisation de l'Etat doit être la plus fonctionnelle possible, nous n'en croyons pas moins que cet objectif ne doit pas être atteint aux dépens de la valeur démocratique de tel système. S'il faut établir une hiérarchie des valeurs, à cet égard, nous disons que toute administration publique doit d'abord être équitable, qu'elle doit aussi être démocratique et qu'enfin il faut tendre à ce qu'elle soit le plus efficace possible.

Le caractère démocratique de tout gouvernement exige que les administrés puissent librement et judicieusement en choisir les responsables et que les responsabilités de ce gouvernement soient généralement bien définies et assumées publiquement, de telle sorte que les administrés puissent apprécier la politique de leur gouvernement et même participer à son élaboration.

(1) Plusieurs auteurs, tel Anderson, ne voient que les avantages de la diffusion du pouvoir: "Diffusion of power has its corollary of diffusion of responsibilities with its stimulus to co-operative effort in devising ways and means for making the federal system work. That is not a mechanical structure. It is an interplay of living forces of government to meet the evolving needs of a complex society." Ces auteurs oublient que la diffusion, si utile soit-elle, entraîne inévitablement la confusion et cause ainsi un tort irréparable à tout système démocratique dans un Etat fédéral.

Comme l'essence même d'un régime démocratique réside d'une part dans la liberté du choix des gouvernants et, d'autre part, dans la possibilité pour tous les citoyens de contrôler raisonnablement la façon dont ceux-ci s'acquittent de leur mandat, il en résulte qu'il est souhaitable, du seul point de vue démocratique, que le gouvernement soit le plus près possible de la population dont il administre les affaires et que, par conséquent, l'unité administrative soit la plus petite possible. En d'autres termes, plus les gouvernants sont près du peuple et plus la communauté des gouvernés est petite, mieux ceux-ci peuvent exercer leurs prérogatives démocratiques fondamentales.

Par ailleurs, dans l'élaboration d'une structure administrative politique, il faut aussi tendre à assurer une répartition optimale des fonctions et établir des organismes appropriés. Il faut que l'administration soit fonctionnelle, c'est-à-dire que le pouvoir de décision soit situé à un niveau tel que toutes les personnes affectées par une décision se trouvent sous la même autorité et que seules ces personnes s'y trouvent. Pour être démocratique, l'administration doit en outre comporter des mécanismes qui permettent le contrôle du pouvoir de décision par la collectivité intéressée.

Ces principes s'appliquent tout aussi bien au pouvoir d'exécution qu'au pouvoir de décision: la responsabilité première de l'exécution doit normalement se retrouver au même niveau que celui de la prise de décision.

Mais une administration ne peut être fonctionnelle sans être efficace. S'il demeure souhaitable que le gouvernement

soit le plus près possible du peuple, l'unité administrative ne doit pas cependant être si petite qu'elle devienne inefficace. C'est le propre du fédéralisme d'offrir une solution acceptable qui permette de tenir compte à la fois de la valeur démocratique de la décentralisation et de l'efficacité d'une unité administrative plus vaste qui se voit confier certaines responsabilités.

2. Nationalismes et fédéralisme.

Le fédéralisme comporte en lui-même l'équilibre ou la possibilité constante de conflit entre plusieurs nationalismes: le nationalisme de l'état fédéral et ceux des états fédérés.

Le nationalisme, en effet, est l'accent qu'on met, l'importance qu'on donne, la préférence qu'on accorde à certaines valeurs propres à la nation à laquelle on appartient. Or le citoyen d'un état fédéral a, par définition, une double nationalité: il appartient à deux nations, deux collectivités, deux groupements d'individus qui, à des titres divers, ont une même origine, ou tout au moins une histoire et des traditions communes. "Ce qui caractérise la nation moderne," dit Larousse, "c'est la communauté de langue, de culture ou d'intérêts".

Il est indéniable pour l'instant, que le citoyen de langue française du Québec appartient à la fois à la nation québécoise et à la nation canadienne. Tout citoyen de chacune des provinces canadiennes, s'il le désire, peut également, quoique à des degrés divers, ressentir le même sentiment d'appartenance à deux nations.

Ainsi serons-nous en présence de nationalismes différents selon que les uns ou les autres accordent leur préférence à l'une ou l'autre des nationalités, selon qu'un québécois accordera plus de prix à ce qui le distingue d'un ontarien qu'à ce qui, en tant que canadien, le distingue d'un américain ou d'un français.

Au Canada, les nationalismes provinciaux sont habituellement considérés comme de simples régionalismes, exception faite du nationalisme québécois. Mais il peut se faire que ces régionalismes aient été ou deviennent vraiment des nationalismes et qu'entre les nationalismes provinciaux les antagonismes soient tels qu'ils compromettent ou détruisent la nation canadienne.

Quoiqu'il en soit, un fait demeure inéluctable, c'est l'existence d'une nation québécoise et d'un nationalisme québécois. Celui-ci est-il compatible avec l'existence d'une nation canadienne? -nous le croyons, mais à condition que le nationalisme canadien ne vienne pas faire obstacle au développement harmonieux de la nation québécoise, forçant ainsi les citoyens du Québec à manifester leur irréductible préférence pour leur nationalité première. "Québec d'abord!", cette proclamation ne comporte pas le rejet ou la négation du Canada, puisqu'"ensuite" il y a le Canada! - Mais elle exprime certes une volonté ferme de maintenir avant tout la nationalité québécoise; et elle est un avertissement que le peuple québécois ne capitulera pas devant le nationalisme canadien si celui-ci accule les citoyens du Québec à faire un choix entre l'une et l'autre de leurs nationalités.

Le fédéralisme canadien doit donc procurer aux ci-

toyens du Canada le cadre approprié au développement harmonieux des diverses nations qui forment le pays et conserver aux divers nationalismes leurs valeurs positives, qu'il s'agisse du nationalisme canadien ou des nationalismes provinciaux.

Si l'on considère le dualisme national comme une caractéristique essentielle du Canada et sa principale richesse, il faut que de part et d'autre on soit prêt à en payer le prix.

Ajouter aux tensions normalement présentes à l'intérieur de tout état fédéral entre les tendances régionalistes et centralisatrices, des tensions continues d'ordre ethnique ou culturel, c'est rendre intenable la vie nationale dans cet état.

Il faut donc éliminer au moins cette dernière source de tension, en reconnaissant à chaque groupe, quelle que soit son importance numérique, une égalité absolue en certains domaines essentiels au développement harmonieux de chaque groupement national formant le peuple du Canada.

La nation canadienne se fonde sur une histoire, des traditions et des intérêts communs. Elle est une réalité vivante, mais elle est plus fragile que la nation québécoise qui se caractérise en outre par une communauté de langue et de culture qui la distingue clairement des autres populations nord-américaines.

Dans la mesure où les régionalismes anglais du Canada ne se distinguent pas suffisamment les uns des autres pour constituer autant de nations, le Canada est un pays bi-national, et c'est d'ailleurs ce qui le distingue le plus de la nation américaine.

Nous sommes donc fondamentalement en présence de trois nations, la nation canadienne-française et la nation canadienne-anglaise qui, ensemble, forment la nation canadienne. C'est à cette réalité essentielle que nous devrons adapter le fédéralisme canadien.

Les divers régionalismes économiques, sociaux ou politiques du Canada ne sont pas la cause de la crise constitutionnelle que nous connaissons actuellement: celle-ci réside avant tout dans la négation du dualisme national ou l'inadaptation de nos structures constitutionnelles à cet égard. Si le Canada avait été caractérisé par la même homogénéité linguistique et culturelle que les Etats-Unis ou l'Australie, la situation serait toute autre; il en serait sans doute de même si le Canada connaissait une hétérogénéité aussi grande que celle de l'Inde. Ce qui distingue le Canada de ces trois pays entre autres, c'est qu'il se compose de deux groupes nationaux homogènes.

3. Un fédéralisme particulier.

Nous venons de mettre l'accent sur le caractère particulier du Québec et de la nation canadienne. Il ne faudrait pas s'étonner que notre recherche constitutionnelle nous conduise à un nouveau fédéralisme particulièrement adapté aux particularités canadiennes.

Ce fédéralisme comportera-t-il un statut particulier pour le Québec ou pour les autres provinces du Canada? - la question nous semble un peu oiseuse. Ce qui importe c'est que ce

nouveau fédéralisme assure aux deux nations leur développement harmonieux. Si, pour ce faire, il est utile ou nécessaire de mettre en place des organismes politiques différents, si l'un et l'autre groupe poursuivent en développement naturel selon des voies différentes, l'un et l'autre groupe jouiront d'un statut particulier l'un par rapport à l'autre.

S'agira-t-il d'états associés? - sans doute, puisque cette vague expression peut qualifier aussi bien une association d'états dans une fédération que dans une confédération.

Nous excluons de notre recherche, au départ, l'étude de la solution unitaire et de l'association d'états au sein d'une confédération ou d'une alliance, pour ne retenir que l'association d'états ou de nations dans une forme quelconque de fédération.

Or la gamme du fédéralisme est très étendue, comme nous l'avons vu: elle va de la forte centralisation quasi-unitaire à la plus grande mesure possible de décentralisation quasi-confédérative.

Nous verrons d'abord et avant tout à aménager une structure constitutionnelle qui réponde aux besoins essentiels des deux groupes nationaux qui constituent le Canada.

A moins d'entrevoir la possibilité d'une nouvelle division territoriale du Canada ou d'un chambardement complet de nos structures politiques, ce que nous refusons de faire pour l'instant puisqu'il s'agit de faire œuvre pratique, par conséquent de demeurer réaliste, nous devons constater que la nation canadienne-française n'existe vraiment comme telle qu'au Québec

et que cet Etat est le seul cadre politique qui lui soit propre. C'est donc principalement des relations constitutionnelles entre le Québec et le Canada que nous nous préoccupurons.

Il serait indécent pour un québécois d'avoir l'outrécuidance de venir ici dire comment les provinces anglaises devraient s'organiser et se comporter. Que le Canada anglais se compose de neuf provinces ou d'une seule, c'est l'affaire de leurs habitants. Que les provinces anglaises envisagent leur avenir dans une communauté fédérale très fortement centralisée, quasi-unitaire, c'est leur droit incontestable.

Certes le Québec devra tenir compte de la réalité quelle qu'elle soit; mais fondamentalement le problème demeure le même: l'aménagement d'un Etat fédéral permettant aux nations qui composent le Canada de poursuivre leur développement harmonieux, en préservant le plus possible leur distinction respective tout en maintenant leur identité canadienne.

Que l'Etat du Québec au sein d'un Etat fédéral canadien soit associé à un Etat canadien anglais, ou à une fédération de provinces anglaises, ou à neuf provinces, les modalités peuvent varier mais le problème demeure fondamentalement le même.

Ce que nous chercherons donc, en définitive, c'est une fédération qui soit l'union des deux communautés nationales distinctes qui, bien qu'elles eussent pu constituer des états souverains et indépendants, ont décidé d'abandonner une partie de leur souveraineté et continuent de vouloir librement s'associer pour former un Etat qui administre leurs intérêts communs, tout en demeurant conscientes de leur identité nationale distinc-

te à un point tel qu'elles n'ont abandonné que cette partie de leur souveraineté qui n'était pas essentielle à leur autodétermination nationale, sans toutefois conserver leur indépendance ou leur souveraineté absolue (2).

(2) Stewart, Modern Forms of Government (1959) page 145.
"A federation, then, is a permanent union of communities so distinct that they might have been sovereign states, so linked by common interest that they have surrendered absolute sovereignty but so conscious of their distinctness that they have made the surrender in a form which protects those separate rights, short of sovereignty itself, which they most cherish."

CHAPITRE IIUNE NOUVELLE REPARTITION DES COMPETENCES
LEGISLATIVE, EXECUTIVE ET JUDICIAIRE

Il s'agit maintenant de reviser le partage des compétences législatives ou de la souveraineté entre les états fédéral et provinciaux selon la constitution actuelle et de voir comment on pourrait concevoir un réaménagement de cette distribution des pouvoirs pour que celle-ci favorise la plus grande mesure possible d'autodétermination nationale à l'intérieur de la fédération et favorise en même temps, dans les deux ordres politiques, un meilleur fonctionnement de la démocratie, tout en maintenant un degré raisonnable d'efficacité.

Dans cette optique, il va sans dire que nous chercherons à éviter le plus possible les juridictions concurrentes.

Le point de départ se retrouve principalement aux articles 91 et suivants de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique. Plus précisément, cela signifie que le statu quo sera maintenu sauf quant aux modifications suggérées ci-après.

1. Disparition des clauses vétustes ou autrement inacceptables.

Ceci s'applique d'abord à l'abrogation des pouvoirs de désaveu et de réserve (articles 56, 57 et 90, AANB 1867).

Le professeur Laforest (3) a, de façon exhaustive, tracé l'historique de ces pouvoirs. Le dernier désaveu remonte à 1942 et le dernier recours au pouvoir de réserve, à 1937. Les raisons invoquées ont un relent d'une époque dépassée; aujourd'hui elles sont nettement incompatibles avec le caractère autonome des provinces. D'ailleurs, bien qu'existant toujours selon la lettre de la loi (4), ces pouvoirs sont considérés, en pratique, comme étant tombés en désuétude.

Il y a lieu aussi de faire disparaître le pouvoir déclaratoire du gouvernement fédéral (article 92(10)(c), AANB 1867). C'est là un véritable cheval de Troie qui menace de l'intérieur l'autonomie des provinces. Dès 1929, dans Water Powers Reference, M. le juge Duff de la Cour Suprême disait de ce pouvoir: "It wields an authority which enables it, in effect, to re-arrange the distribution of legislative powers affected directly by the Act, and, in some views of the enactment, to bring about changes of the most radical import, in that distribution." (5) Sa rédaction vague à souhait a donné lieu, sans aucun doute, à des abus d'interprétation qui ont dépassé l'intention des rédacteurs de la constitution. Les débats de la Confédération donnent comme exemple de travaux susceptibles d'être déclarés à l'avantage du Canada le canal Welland et les canaux du Saint-Laurent. On fait allusion donc à des travaux reliés aux transports et communica-

(3) Laforest, Disallowance and Reservation of Provincial Legislation. Department of Justice, Ottawa 1955)

(4) Disallowance and reservation, 1938 S.C.R. p 71)

(5) 1929, S.C.R. 200, à la page 220.

tions (6), travaux qu'apparemment l'on distingue de ceux mentionnés à l'alinéa (a) du même article 92(10) par le fait qu'ils sont situés entièrement à l'intérieur des limites d'une province. Etait-il possible de prévoir que l'on soutiendrait que ce pouvoir déclaratoire vaut même pour les travaux d'autre nature, par exemple les élévateurs à grains (7) et pour des corporations comme la Compagnie de Téléphone Bell du Canada. Le contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir est en fait illusoire, si bien que les provinces doivent exiger de connaître les limites de ce pouvoir, ou mieux encore, demander qu'il soit rayé des compétences fédérales.

Du simple point de vue de la logique, l'article 96 de l'AANB, qui accorde au gouvernement fédéral le pouvoir exclusif de nommer les juges des cours supérieures est une absurdité qu'il y aurait lieu de faire disparaître comme désuète, s'il est vrai que l'absurdité puisse enfin, chez nous, être jugée désuète. Il apparaît en effet ridicule qu'une constitution confie l'administration de la justice aux provinces, mais réserve au pouvoir fédéral la nomination des juges devant composer les tribunaux provinciaux. Mais nous reviendrons sur la question judiciaire dans un autre chapitre.

Le titre et la fonction constitutionnelle du lieutenant-gouverneur doivent également être modifiés. Le lieutenant-gouver-

(6) Loi concernant les chemins de fer, 1952 S.R.C. 234.

(7) Loi sur la Commission canadienne du blé, 1952 S.R.C., 44; voir aussi Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, 1952, S.R.C., 11 et Loi concernant la Commission du district fédéral, 1952 S.R.C., 112)

neur du Québec, en effet, n'est d'aucune manière le lieutenant du gouverneur général. Au même titre que le gouverneur général qui représente la reine dans la mesure où celle-ci couronne l'état fédéral, le lieutenant-gouverneur du Québec représente la reine qui préside l'Etat du Québec. La concession originale d'un poste subalterne attribué à un titulaire désigné par le gouvernement central est devenue désuète et ne saurait être admissible plus longtemps. La fonction du chef de l'Etat du Québec, son titre et sa désignation doivent appartenir à la constitution de cet état seul et doivent faire partie de cette part de souveraineté que le Québec entend conserver. Qu'il y ait un gouverneur général du Canada et un gouverneur du Québec, en soi l'appellation importe peu, bien que le titre de gouverneur comporte un relent de colonialisme désagréable. Sous notre régime de monarchie constitutionnelle, ces deux personnages sont en réalité des vice-rois; mais, puisque la couronne n'a en soi qu'une valeur symbolique qui peut s'apprêter, sans inconvenient, à des sauces différentes, nous préférerions que le représentant de la reine au Québec soit un président ou, tout simplement, le juge en chef de la plus haute Cour du Québec.

2. Attributions du pouvoir résiduel aux provinces.

Notre conception d'un nouveau fédéralisme canadien comporte à sa base l'attribution aux provinces du pouvoir résiduel, tout au moins pour le Québec. Si la nation canadienne-anglaise préférât conserver ce pouvoir résiduel à un état central, nous aurions là un premier particularisme, définissant un

statut particulier des provinces anglaises ou du Québec à l'intérieur de la fédération canadienne.

Dans nombre d'états fédéraux, le pouvoir résiduel est attribué aux provinces. Chez nous, l'on sait les vives discussions que l'interprétation des tribunaux a engendrées à ce sujet: les centralisateurs ont constamment soutenu que, contrairement au texte de la clause introductory de l'article 91, les Cours de justice avaient attribué la compétence résiduelle aux provinces en invoquant les alinéas 13 et 16 de l'article 92. Il est possible, par conséquent, que cette modification de la constitution ait une valeur plus symbolique que pratique. Quoiqu'il en soit, les québécois attacheront une grande importance à cette question dont la solution marquera le caractère du fédéralisme que les canadiens choisiront de se donner.

3. Diverses compétences attribuées au Québec (articles 91 et s.)

Si l'on reconnaît que le Québec constitue un Etat-nation, il faut admettre que ses responsabilités culturelles sont très vastes et qu'elles englobent généralement tout le domaine de la politique sociale. Sans faire éclater les cadres de la fédération canadienne, il faut attribuer au Québec tous les moyens de réaliser pleinement son épanouissement sur tous les plans, culturels, sociaux et économiques.

Ainsi, le Québec devra avoir juridiction sur les matières suivantes:

a) tout le domaine social, y compris l'assurance-chômage; - nous ne croyons pas nécessaire de développer longuement la nécessité d'une telle attribution puisqu'il est évident

que les politiques administratives et les normes juridiques établies dans ce domaine sont intimement liées à la culture d'un peuple; d'ailleurs, il ne s'agirait là que d'un retour aux sources puisqu'il a fallu amender la constitution en 1940 pour permettre au fédéral de légiférer dans ce domaine.

b) les pêcheries intérieures (article 91(12);

c) l'administration des affaires indiennes et esquimaudes pour ces populations résidant au Québec, dans le respect toutefois des garanties déjà concédées à ces populations par les traités; la juridiction de l'état provincial, en effet, doit s'étendre sans exception à tous les sujets habitant son territoire;

d) le mariage et le divorce, matières de droit civil qui appartiennent normalement à la compétence provinciale;

e) le droit criminel et les lieux de détention. Nous ne voyons pas, en effet, l'intérêt d'attribuer cette compétence au pouvoir central, si ce n'est celui d'assurer l'uniformité de la législation dans cette matière; mais alors le souci d'uniformité est tout aussi valable en droit civil. Par contre, le droit criminel, comme le droit civil, est un reflet certain de la culture d'un peuple et il nous apparaît souhaitable que les deux nations constituantes du Canada aient à cet égard toute la latitude désirée pour établir un droit pénal et en administrer l'application selon ce qui leur convient. A titre d'exemple, faut-il rappeler les divergences d'opinion qui existent à l'égard des lotteries;

f) l'éducation à tous les niveaux, y compris les étu-

des supérieures et la recherche;

g) l'agriculture; nous ne voyons pas en quoi il est nécessaire d'accorder une juridiction concurrente aux deux niveaux de gouvernements à cet égard plus qu'à tout autre; l'agriculture n'est que l'une des activités industrielles et commerciales d'un état et de plus en plus son développement doit être planifié en tenant compte du développement général de l'industrie et de l'activité économique prises globalement;

h) l'immigration, tendon d'Achille de la nation canadienne-française: même si le Québec doit exercer cette juridiction en collaboration avec le gouvernement fédéral, il est normal, sinon nécessaire, qu'il ait l'autorité suprême en cette matière, puisque peut en dépendre non seulement le développement de la nation canadienne-française, mais son existence même. L'article 95 de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord doit être inversé de sorte qu'une loi fédérale affectant l'immigration n'aura d'effet au Québec qu'aussi longtemps qu'elle ne sera pas incompatible avec l'une quelconque des lois de la législature du Québec;

i) il faudra préciser l'article 109 de façon à assurer au Québec la propriété des richesses de son plateau continental;

j) laissant au parlement fédéral la compétence de régir le domaine des ondes, le Québec devrait obtenir le droit de régir le contenu des émissions de radio et de télévision émises sur son territoire et celui d'accorder les permis, sauf à l'égard du gouvernement fédéral qui pourra continuer d'administrer un réseau public de radio et de télévision sur tout le territoire du

Canada;

k) quant au pouvoir d'incorporation, il devrait appartenir exclusivement aux provinces, sauf pour les compagnies exerçant leur activité dans un domaine relevant de la compétence fédérale. Les compagnies, en effet, en tant que personnes morales, sont des membres de la société et doivent être assujetties aux lois de l'Etat où elles ont leur activité;

l) enfin, il y a lieu de préciser la portée de l'expression "droits civils" de l'article 92(13) de façon à y inclure non seulement le droit civil proprement dit, mais encore le droit commercial, la faillite, le droit ouvrier et peut-être les droits d'auteur et les brevets d'invention, ainsi que les lettres de change et les billets à ordre.

4. La répartition des ressources fiscales.

Dans ce chapitre, après avoir considéré l'évolution de la fiscalité canadienne parallèlement à l'évolution du fédéralisme, nous formulerais un certain nombre de suggestions inspirées tant de l'esprit du fédéralisme particulier suggéré antérieurement que de l'évolution récente des relations fédérales-provinciales en ce domaine.

a) La fiscalité et le fédéralisme classique.

Au cloisonnement des fonctions législatives, le fédéralisme classique associait une séparation assez nette des fonctions économiques et des sources fiscales. Sur le schème fiscal de notre constitution, de nombreuses controverses se sont élevées; selon certains, la constitution a voulu abolir l'autonomie économique des provinces qui, par le passé, s'était ré-

vélée si ruineuse (8); pour d'autres, malgré sa rédaction maladroite, la constitution n'accordait au fédéral que les impôts indirects (9). Quoiqu'il en soit, la jurisprudence du Conseil Privé s'est prononcée sur la question; en matière fiscale, elle n'a pas montré cette générosité qui l'avait conduite à élargir le champ législatif des provinces. Ainsi, le fédéral s'est vu reconnaître un droit à la taxation directe, et même, dans quelques jugements, un statut prioritaire. Il s'ensuit qu'actuellement les provinces ne disposent pas de sources de taxation exclusive, alors que le pouvoir fiscal fédéral est quasi illimité.

Sans doute, le partage fiscal de 67, répondait-il adéquatement à la répartition des fonctions envisagées (10); mais on pourrait objecter qu'il eût été plus logique d'utiliser une formule de cloisonnement fiscal semblable à celle de la Constitution suisse de 1848:

" In Switzerland the original division of taxing powers in the Constitution of 1848 allotted customs duties to the general government and practically no other taxing power. The remaining powers of indirect taxation and the whole power of direct taxation seem to have been left to the cantons (11).

Qu'aucune restriction apparente n'ait été imposée au pouvoir fiscal fédéral, cela n'a rien de surprenant; il s'agit d'un autre exemple de la pénétration, dans notre constitution des théories d'Hamilton; à son avis, le gouvernement fédéral, appelé à résorber les périls nationaux, ne pouvait s'accommorder d'aucune limitation fiscale; rien ne s'opposait, ajoutait-

(8) Scott, 1951, Canadian Bar Review, 1102.

(9) Bissonnette, p 6. Essai sur la constitution du Canada 1963

(10) idem, p 112)

(11) Wheare, Federal Government, p 103).

il, à ce qu'en périodes normales, il évacue, en faveur d'une plus large initiative régionale, certaines sources de revenus. C'est sur cette ambiguïté que s'est érigé notre fédéralisme.

Alors qu'en Suisse l'insuffisance des ressources fiscales du gouvernement central donna lieu à une série d'amendements constitutionnels, cette situation devint, au Canada, une source féconde de conflits. Peu à peu, comme nous allons le voir, le fédéral interviendra pour exclure les provinces de leur champ de taxation traditionnel et s'annoncera comme le seul agent fiscal.

b) La centralisation fiscale.

Après la première guerre mondiale, dans toutes les fédérations, le gouvernement central envahit le domaine de la taxation directe; avec l'assentiment des provinces, cet impôt fut prélevé au Canada: le fédéral, toutefois, s'engageait à abandonner ce champ fiscal à la fin des hostilités; sous le prétexte que l'existence de conditions anormales justifiait son attitude, il devait par la suite continuer à l'occuper. Comme pour les Etats américains, allait s'amorcer, pour les provinces canadiennes, une sérieuse éclipse politique. A la suite de la seconde guerre mondiale, le fédéral allait reprendre la prépondérance qu'il avait connue au début de la Confédération. Les effets psychologiques de la dépression lui permirent de renforcer son autorité; d'une façon générale, on peut affirmer que le Gouvernement fédéral apparut comme le seul capable de réaliser deux objectifs fondamentaux: la sécurité sociale et

la stabilité économique. L'incapacité des provinces justifiait le regroupement de tous les pouvoirs fiscaux entre les mains du fédéral. L'autonomie provinciale, en matière fiscale, apparaissait anarchique (12).

Comment allaient réagir les provinces? Si les deux ordres de gouvernement devaient continuer à taxer, la double taxation devenait inévitable. Comme en Australie et aux Etats-Unis, le gouvernement central, en raison de sa nouvelle autorité politique, entendait épuiser la plénitude de son pouvoir fiscal, et les gouvernements provinciaux tentèrent, en vain, de se faire reconnaître un droit prioritaire en matière de taxation directe (13).

En 1947, lors de la conférence fédérale-provinciale sur la ré-allocation des pouvoirs fiscaux, le fédéral proposa la continuation du système. Devant l'opposition majoritaire des provinces, le Premier ministre Saint-Laurent choisit de négocier des accords individuels et sa tactique réussit largement. Seules, les provinces de Québec et d'Ontario demeurèrent réfractaires.

(12) Parizeau, Economic Planning, pp 60 et 61 "By enlarged junior governments, although vested with definite constitutional responsibilities, were considered to be marginal economic agents which were, if not officially at least in practice, expected to divest themselves of some of their direct activities for the sake of national efficiency and the attainment of minimum standards of social services throughout the country. Admittedly a considerable backlog of public works had built up during the depression and the war, so that junior governments might be hard put for a while. Eventually, however, things would sort themselves out."

(13) Wheare, Federal Government, pp 115 et 116; Lamontagne, pp 267 et s.)

taires. Ces deux provinces s'accordaient pour reconnaître la nécessité d'ajuster les subsides constitutionnels. D'accord sur le principe d'une redistribution plus fonctionnelle des revenus, l'Ontario fit une contre-proposition assez élaborée. Elle suggéra la constitution d'un Fonds National de Compensation; ce fonds auquel chaque gouvernement devait contribuer, sur la base de dix pour cent de ses revenus, était destiné à subventionner les provinces défavorisées. Un comité de coordination composé de tous les premiers ministres, devait déterminer ces subventions. Cette formule, malgré son audace, ne retint pas l'attention du gouvernement fédéral (14).

En fait, jusqu'aux années 60, le fédéral refusera de remettre en cause sa philosophie fiscale. Le système d'octrois, en raison de la pensée centraliste qui l'avait inspiré, rendait impossible l'équilibre politique; à travers eux, le fédéral assujettissait les minorités économiques. Pour le Québec, le système avait une résonnance plus profonde: l'asservissement d'une minorité culturelle à la loi de la majorité.

Dans toutes les fédérations, la formule d'octrois a profondément modifié le style des relations fédérales-provinciales. De toute évidence, le système d'octrois fédéraux apparaît intégré aux structures actuelles du fédéralisme. Les impératifs qui ont servi de justification à la centralisation fiscale, restent actuels: redistribution équitable entre les

(14) Johnson, p 157 et p 158 "Relations fiscales (1945-1955)
Vol. 5 Thémis, 155

régions du pays inégalement favorisées; planification et stabilité économiques. Mais le nouveau fédéralisme canadien devra trouver à ces problèmes une solution qui tienne compte du droit à l'autodétermination des nations constituantes et favorise aussi, dans une certaine mesure, la décentralisation des politiques économiques qui pourra donner lieu à une plus grande planification régionale (15).

c) La décentralisation fiscale.

Jusqu'à maintenant, sous le concept de minorité économique, on a assimilé le Québec aux autres provinces. Il est évident que ce procédé risque d'ignorer la singularité du phénomène québécois. En effet, les prétentions du Québec en matière fiscale, surtout avec la pénétration de l'économique dans le domaine des politiques sociales, se justifie à un double titre: la coïncidence d'une minorité économique et de l'état national du Canada français. Dès lors, il est possible que l'autonomie fiscale que nous considérons comme le privilège normal de toute minorité économique, ne soit revendiquée que par le Québec. Mais il doit s'agir, alors, d'une option librement consentie des provinces anglaises. Cette hypothèse, déjà incertaine à l'heure actuelle, laisse entière l'éénigme des choix futurs du Canada anglais en faveur du fédéral ou de leurs provinces. C'est en fonction de ces données qu'il s'agit de proposer une structure fiscale. D'autre part, la possibilité que le Québec emprunte des

(15) Parizeau dans Economic Planning in a Democratic Society (ICAP 9) p 64.

voies de développement particulières, demeure une hypothèse logique. Ainsi, faudra-t-il envisager l'aménagement de structures qui permettent d'associer le mouvement du Québec à celui du Canada Anglais. C'est dans cette perspective que les pouvoirs fiscaux doivent être redistribués et que la formule d'octrois doit être revisée.

Depuis quelques années, on assiste à l'émergence d'une nouvelle philosophie fiscale favorable au régionalisme. De plus en plus, on se rend compte du rôle capital des provinces en matière de stabilité économique. Qu'on le veuille ou non, par suite d'une jurisprudence favorable, les provinces se trouvent investies de compétences dont les incidences économiques ne cessent de croître. Un certain renversement de l'initiative politique s'opère à l'heure actuelle, de sorte que s'amorce au niveau provincial un certain processus de planification économique. Or, cette planification ne saurait réussir que si elle est supportée par une politique fédérale qui lui soit compatible.

Une fois abandonnée la centralisation économique et reconnues à chaque ordre politique certaines compétences, la coordination économique s'impose (16). Il est vrai que le gouvernement fédéral se montre plus favorable à une politique de décentralisation. Mais dans l'ensemble, le fédéral donne surtout l'impression de céder aux pressions des provinces; des gouvernements provinciaux tenaces se sont installés qui lui ont ravi

(16) MacDonald, Economic Planning, p 68.

l'initiative politique. Cette attitude d'auto-défense et l'intransigeance de certains régionalismes rendent difficile une action concertée sur des objectifs économiques (17).

d) Partage des pouvoirs de taxation et fédéralisme de participation.

Le principe de base est fort simple: les revenus doivent correspondre aux responsabilités. Il est ridicule de poursuivre dans la voie du régime actuel, c'est-à-dire de dissocier revenus et responsabilités. Le résultat concret est que les provinces ont des obligations qui dépassent d'emblée leurs ressources et qu'elles doivent, en quelque sorte, abdiquer et quémander auprès de l'autorité centrale. Bon père de famille, celui-ci leur alloue des octrois conditionnels et, de la sorte, dépense ouvertement des deniers à des fins provinciales. Le combat est ancien, point n'est besoin d'insister.

Disons d'abord qu'il y a lieu de supprimer les articles 91 (3) et 92 (2). La distinction entre taxes directe et indirectes est artificielle et facile à contourner. Elle est surtout utile. Les restrictions aux assiettes fiscales des différentes autorités sont dépassées. D'ailleurs, il ne s'agit pas là de matière au sujet de laquelle l'on peut légiférer comme

(17) Parizeau, Economics, p 64: "The agreement over accepted objectives will be difficult because of the diversity if not the opposition of regional interests... The establishment of new relationships between the varied levels of government so as to associate to a certain extent their economic decisions is a baffling problem for which old formulas are completely inadequate."

l'incorporation de compagnies, la navigation ou les droits civils. L'assiette fiscale, c'est une bourse dont le produit doit être réparti entre le fédéral et les provinces, compte tenu des responsabilités législatives et exécutives, de façon à permettre à chacun de s'acquitter entièrement de ses obligations. Donc, à l'avenir, chacun pourra, selon son bon jugement, prélever des taxes et impôts directs et indirects.

Dans la mesure du possible, il serait souhaitable de réaliser un partage constitutionnel du pouvoir de taxation correspondant au partage des compétences législatives et exécutives. Ainsi, les revenus des taxes d'accise et de douane, même si la politique tarifaire doitêtre établie par le fédéral avec la participation des provinces, appartiennent naturellement au gouvernement fédéral, tandis que l'impôt foncier est normalement provincial.

Les taxes sur les biens et les services devraient être provinciales, qu'il s'agisse de taxes directes ou indirectes, de même que la totalité des droits de succession.

L'impôt personnel sur le revenu des individus devrait également être réservé aux provinces, tandis que l'impôt sur le revenu des compagnies serait accessible concurremment aux deux paliers de gouvernement; ce pouvoir de taxation en effet doit être partagé afin de permettre au Fédéral d'assurer la péréquation et aux provinces de mieux vérifier leur développement économique.

Evidemment les provinces seraient appelées à compléter aux déficiences financières du gouvernement fédéral en

établissant tous les cinq ans la contribution qu'elles devront faire au financement des services fédéraux. En somme, le système actuel de négociations établit négativement le degré de participation des provinces aux entreprises fédérales puisqu'il se manifeste par le retrait d'une ou plusieurs provinces qui reçoivent, en retour, une compensation financière adéquate. La formule proposée comporte un processus inverse, soit l'adhésion ou la participation, au lieu du retrait, et la contribution financière des provinces aux dépenses fédérales au lieu des subventions et compensation. Ce fédéralisme de participation comporte une valeur positive qui serait supérieure au fédéralisme coopératif coercitif ou de retrait. En somme, on remplacerait le "contracting out" par le "contracting in".

Certes les mêmes tensions inhérentes au fédéralisme continueront d'exister, mais le ton, le style et l'esprit seront différents. Il devrait en résulter une image de coopération, de participation communautaire, plus ou moins accentuée selon les circonstances, mais préférable à l'image actuelle de dissidence, de dissensions et de séparatisme.

Au lieu de refaire chaque fois des arrangements pour tenir compte du refus ou de l'opposition d'une province, dont on pourrait penser qu'elle fait de l'obstruction, chaque fois on referait, en quelque sorte, l'union. On éviterait ainsi cette psychose de séparatisme qui résulte du "contracting out", car la formule actuelle poussée à l'extrême conduit tout droit à la sécession, qui est un "contracting out" global.

5. La compétence internationale des provinces.

Dans le domaine des relations étrangères, la compétence revendiquée par le Québec a fait l'objet de vives controverses. L'importance du sujet nous suggère d'en faire une analyse un peu plus détaillée dans les pages qui vont suivre.

D'une façon générale le problème de la compétence internationale peut se formuler ainsi:

"The principal issue in federal states is whether the power to conduct foreign relations should be lodged in the federation exclusively or whether the component units retain some powers in this field. In most federations this question has been resolved to the advantage of the federation, but the component units are often allowed to maintain some relations with foreign states, subject to proper supervision by federal authorities (18)."

Généralement on peut affirmer que le fédéralisme est assez réfractaire à la fragmentation de la compétence internationale:

"A modern state, unitary or federal, cannot effectively function in the international forum without possessing full capacity, in law and in fact, to create and to perform binding obligations (19)."

Mais, sauf quelques difficultés pratiques qui peuvent être surmontées en établissant des voies de coordination appropriées, le fédéralisme est parfaitement compatible avec la répartition de la compétence internationale entre l'état fédéral et les états fédérés selon le partage établi entre eux des compétences internes:

(18) Bowie-Friedrich, Studies in Federalism (1954) p 237

(19) Szablowski, 1956, 34 CBR 28.

- "Indeed those circumstances which make federalism essential and unavoidable are likely to make this division of power in the control of foreign relations also essential and unavoidable. For certain of the factors which make federation essential - differences of language, race and religion, resulting in differences of nationality; differences of economic interest; strong regionalism; separation by sea or large land areas - are factors which produce differences of outlook also on foreign relations as well as on internal social and economic organization. The regions may not be willing, therefore to hand over entirely the control of foreign relations, and with it some consequential power of controlling internal relations, particularly in the economic sphere, to the general government. The more appropriate federalism is to their circumstances, the more nearly will a division in the power to control foreign relations become inevitable" (20).
- "Consistent with provisions allowing member States to maintain foreign relations and diplomatic services, member States should be allowed to conclude treaties with foreign states with respect to any matter within their jurisdiction. The procedure for the approval and ratifications of their treaties would be governed by their respective constitutions rather than by the federal constitutions" (21).

La situation actuelle au Canada est la suivante. La théorie des compartiments étanches émise en 1937 par Lord Atkin, dissocie la conclusion d'un traité de sa mise en oeuvre de sorte que la compétence fédérale se voit, une fois engagé le processus de mise en oeuvre, subordonnée à la distribution législative interne; ainsi, sans approbation des provinces, les conventions internationales du travail ne purent être mises en oeuvre.

Dans cette perspective, plutôt que de conférer au

(20) Wheare, p 177. Modern Constitution (1960)

(21) Bowie-Friedrich, Studies in Federalism (1954) p 265

fédéral une compétence entière de conclusion et de mise en oeuvre des traités même dans les domaines où la compétence législative provinciale se trouverait atteinte, solution préconisée dans la majorité des constitutions modernes, certains préfèrent fragmenter la compétence internationale suivant la division législative interne et permettre la délégation (22).

D'autres, et c'est peut-être la solution la plus pratique, optent pour une formule nuancée qui tient compte des exigences à la fois de l'efficacité et du particularisme québécois:

" Abordons rapidement la question des compétences internationales. Nous avons décrit le dilemme dans lequel se trouvent enfermées les provinces canadiennes à l'égard des traités: elles sont dans l'impossibilité d'en conclure alors qu'elles sont compétentes dans un vaste domaine interne qui intéresse de plus en plus le Droit international (régime du travail, droits de l'homme, développement culturel; voir ci-dessus, p 85). Il n'existe que deux moyens de mettre fin à ces difficultés: ou attribuer aux organes centraux le pouvoir exclusif de mettre en application tous les traités, même si la compétence locale se trouve de la sorte supplantée, ou bien reconnaître aux provinces, à l'instar des Länder allemands, le pouvoir de conclure des traités dans les domaines qui relèvent de leur compétence législative (voir ci-dessus p 92). Le premier système pourrait être appliqué aux provinces anglophones et le second au Québec. Bien entendu, les accords conclus par le Québec seraient sujets à un contrôle de la légalité de la part du plus haut tribunal constitutionnel du pays"(23).

Cette compétence internationale du Québec nécessite-rait une reconnaissance officielle dans la constitution:

" The likelihood of continued participation of member States in foreign relations within a prescribed area may make desirable a provision in the constitution defining the international personality to be enjoyed both by the federation and the States. I could state that the federation shall have international juridical personality and shall enjoy the

(22) Bowie, p 262 et s. -

(23) Morin, Le fédéralisme, p 202.

" international juridical capacity necessary to the exercice of its functions and the attainment of its ends, and that member States shall retain their present international personality and juridical capacity to the extent necessary to enable them to maintain such relations with foreign states and international organizations as are allowed by the constitution of the federation" (24).

Cette reconnaissance constitutionnelle d'une compétence internationale permettrait au Québec de poursuivre sa politique de représentation déjà amorcée. Il serait, en effet, tout à fait normal que la province de Québec exerce sa compétence internationale à travers des organes qu'elle se serait donnés:

" To the extent that component units may be allowed to conduct such relations with foreign states, they may be allowed to conduct such relations directly, through their own organs. The proper organ should in such a case be designated not in the constitution of the federation, but in the constitution of each component unit" (25).

La personnalité internationale du Québec lui donnerait accès à certaines organisations; ceci lui permettrait de faire valoir ses points de vue particuliers:

" Similarly, when the interests of the component units of a federation differ, it is difficult for a representative of the federation to present adequately their views at a meeting of an international organization or to vote there on important decisions. This becomes particularly important when the execution of these international decisions is entirely within the jurisdiction of the component units. Assuming, for instance, that all labor questions are within the jurisdiction of component units, it would be desirable to give to those units direct representation in an international organization dealing

(24) Bowie-Wriedrich Studies in Federalism 1954

(25) 102

" with labor matters" (26).

En ceci, le Québec ne créerait pas un précédent puisque, par le passé, des territoires qui n'avaient pas encore acquis leur indépendance participèrent aux travaux d'organisations internationales (27).

Cette compétence ne permettrait certes pas au Québec d'avoir ses propres ambassadeurs; il ne pourrait pas non plus siéger directement à l'ONU ni participer aux Conférences internationales dont les travaux ne portent pas directement sur sa compétence législative interne.

Enfin, il est évident qu'une pareille fragmentation de la compétence internationale exige, au niveau de son exercice, des voies de coordination (28).

6. La répartition de la compétence judiciaire.

Nous avons déjà dit que nous trouvions absurde l'article 96 qui attribue au pouvoir fédéral la nomination des juges des cours supérieures des provinces. En outre, l'interprétation de cet article a causé une série de faux problèmes et a été une entrave constante à l'élaboration d'un système rationnel de droit administratif québécois.

Le Québec doit donc avoir le pouvoir de désigner les juges de ses tribunaux, même ceux de ses cours qualifiées de supérieures par la jurisprudence.

{26} Bowie-Friedrich, Studies in Federalism (1954) p 246

{27} Idem p 241

{28} Idem p 241

Mais la réforme essentielle du système judiciaire doit comporter principalement l'attribution de la compétence finale à la Cour d'appel du Québec en toute matière relevant de la compétence provinciale.

Il apparaît certes normal qu'en droit civil la Cour d'appel du Québec devienne la cour de dernier ressort et l'on voit mal par quelle logique on n'a pu jamais confier à une cour composée majoritairement de juges initiés seulement à la Common Law l'interprétation finale du droit qui leur est étranger.

Il est également normal de confier toutes les matières de compétences provinciales à l'autorité judiciaire de tribunaux exclusivement provinciaux. Il s'agit là de la conséquence logique des postulats que nous avons établis (29). La Cour Suprême du Canada demeurerait le tribunal de dernière instance en tout ce qui concerne les matières relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, ainsi qu'en matières constitutionnelles. Pour la bonne compréhension de l'état de choses que nous suggérons, précisons tout de suite que nous entendons proposer que la constitution du Canada contienne une déclaration des droits de l'homme et que la Cour suprême aurait juridiction pour entendre en dernier ressort tout litige mettant en cause les droits fondamentaux reconnus à tous les canadiens par cette déclaration.

Quant à la composition de la Cour suprême du Canada

(29) voir à ce sujet la Cour suprême du Canada et l'application du Droit civil de Québec par Pierre Azard 1965, vol. 43, Canadian Bar Review, p 553

et à ses fonctions comme tribunal constitutionnel, nous en re-parlerons dans un autre chapitre.

Par ailleurs, les provinces anglaises, si elles le désirent, pourraient évidemment confier à une division de la Cour suprême la fonction de décider en dernier ressort toute question judiciaire.

CHAPITRE IIILES NOUVELLES INSTITUTIONS D'UN FEDERALISME
CANADIEN BI-NATIONAL1. La constitution: une charte des droits des citoyens canadiens.

La nouvelle répartition des compétences législative, exécutive et judiciaire, que nous avons esquissée dans le chapitre précédent, réduit au minimum la compétence de l'Etat fédéral canadien et accorde au Québec, comme à toute autre province, la plus large part possible d'autodétermination à l'intérieur d'une fédération.

Certes, les autres provinces pourront recréer, par voie de délégation de certains de leurs pouvoirs en faveur de l'autorité centrale, un état de choses analogue à la situation actuelle, établissant ainsi un statut particulier de fait qui corresponde au degré de centralisation qu'elles désireront maintenir au sein de la fédération canadienne. L'on pourrait également concevoir que les provinces anglaises du Canada créent à l'intérieur de la fédération canadienne une ou plusieurs entités fédérales en faveur desquelles ces provinces renonceraient à une plus large part de leur autonomie.

Quoiqu'il en soit, dans le cadre constitutionnel que nous proposons, l'Etat fédéral canadien ne pourrait plus prétendre assumer la responsabilité d'établir des standards nationaux pour tous les citoyens canadiens.

Il deviendrait alors nécessaire d'incorporer à la constitution du Canada une charte des droits des citoyens canadiens. Cette charte serait une déclaration canadienne des droits de

l'homme et elle pourrait s'inspirer du projet de convention préparé par l'ONU le 23 décembre 1965. Outre les droits traditionnels, elle garantirait les droits politiques, économiques, sociaux et culturels des groupes et des individus. Elle établirait le dénominateur commun à tous les canadiens.

Aucun parlement, ni fédéral ni provincial, ne pourrait amender seul cette déclaration. La Cour suprême du Canada en serait l'interprète.

La constitution devrait établir clairement les garanties nécessaires quant à la langue et à la religion. Les institutions fédérales étant elles-mêmes bilingues, le droit de tout citoyen de transiger avec les services fédéraux en français ou en anglais doit être proclamé. Quant aux droits des citoyens à cet égard envers les autorités provinciales et en toute matière de la compétence des provinces, il faudrait que la constitution définisse leurs droits d'une manière uniforme, soit en laissant à chaque province l'autorité absolue à cet égard, soit en proclamant toute autre garantie appropriée devant s'appliquer à l'ensemble des provinces, ou, tout au moins, à plusieurs d'entre elles. Il est inadmissible, en effet, que la constitution canadienne ne comporte l'obligation du bilinguisme que pour le Québec, ce qui constitue un drôle de statut particulier!

Ajoutons enfin que cette charte des droits des citoyens canadiens, ainsi que l'ensemble des autres dispositions de la constitution établissant les fondements et les rouages du fédéralisme canadien, devrait constituer un document dont la compréhension soit accessible à l'ensemble des citoyens.

2. La Chambre des communes et le gouvernement du Canada.

Ces organes de l'Etat fédéral exerceraient toutes les compétences que nous n'avons pas attribuées aux provinces et toutes celles que les provinces pourraient lui déléguer.

Rappelons que la Chambre des communes représente la population du Canada, soit l'ensemble des citoyens formant la nation canadienne. Les députés et les ministres fédéraux ne sont pas et ne doivent en aucune manière se considérer les représentants des provinces.

Le Canada est un Etat fédéral dont la constitution établit la répartition des pouvoirs entre un état central et des états provinciaux. Ces pouvoirs s'exercent dans des domaines distincts et suivant des juridictions déterminées. Il s'ensuit que les partis politiques doivent logiquement refléter cette dualité de gouvernement et de champs d'action et que leurs activités doivent s'exercer sur des plans distincts. La réalité constitutionnelle exige que les partis politiques qui oeuvrent sur le plan fédéral soient distincts des partis provinciaux.

Le partage des compétences implique des différends d'importance variée entre les autorités provinciales et fédérales. Les revendications, pourparlers et négociations entre ces autorités doivent se faire entre des hommes qui n'appartiennent pas à un même parti politique agissant sur les deux plans, afin que soit évités la confusion et les conflits d'intérêts.

Les partis politiques sont les éléments de base de notre système parlementaire et l'existence de partis politiques unitaires, agissant à la fois sur le plan fédéral et sur le plan

provincial, est inadmissible dans un état fédéral puisqu'elle en sape les fondements en créant à l'intérieur des partis une unité politique incompatible avec la distinction et l'indépendance des parlements et gouvernements provinciaux et fédéraux.

Il reste que, dans un pays comme le nôtre, il n'est pas facile d'établir et de maintenir des partis politiques démocratiques possédant des racines profondes dans chacune des provinces canadiennes. Par ailleurs, il est essentiel que le gouvernement du Canada soit composé d'hommes qui, s'ils ne représentent pas les états provinciaux dont ils sont originaires, doivent quand même apporter au gouvernement central le point de vue de leurs concitoyens habitant la même province. Or, il arrive que le parti politique dont le chef est appelé à constituer un gouvernement ne compte parmi ses députés aucun citoyen d'une province. Pour palier à cette situation et ajouter plus de souplesse et d'efficacité dans nos structures gouvernementales, ne serait-il pas opportun que la constitution permette au premier ministre de choisir un nombre limité de ministres qui ne soient pas députés? Ceux-ci pourraient participer aux débats de la Chambre des communes envers qui ils demeureraient responsables de l'administration de leur ministère, mais sans y avoir le droit de vote.

3. Le Sénat.

Pour comprendre le rôle joué par le Sénat depuis la Confédération, un bref rappel historique s'impose. Notre Sénat se définit par rapport à une certaine philosophie politique mais

surtout à travers les relations qu'il entretient avec les modèles, difficilement compatibles, qui l'ont inspiré: le Sénat américain et la Chambre des Lords d'Angleterre.

"The Canadian constitution reflects a time when Britain was only beginning to accept the idea of democracy and when the traditional, monarchical and aristocratic elements in her government were stronger than they are today. Accordingly, the Canadian executive is formally styled the Queen's Privy Council, though the reality of government by a Cabinet which forms only part of the Privy Council has to be admitted. The Senate is intended, like the House of Lords at that time, to wield equal power with the Lower House, and the senators - since a new country could scarcely be provided with a hereditary legislature - hold their seats for life. In the event, neither this Senate nor the Lords have retained the position they then occupied. When the constitutions of Australia, New Zealand, and South Africa came to be framed, the executive was plainly described as a Cabinet and various devices were used to limit the powers of the Upper House (30)."

L'importance du Sénat en 1867 ne doit pas être minimisée. On le destinait à la protection des droits des provinces et des minorités:

"The Fathers, or some of them, assumed that the Senate would be an important guardian of sectional and provincial rights and interests. It was also to be representative of property. Senators have frequently stressed the former function, though not the latter in these democratic days. From time to time the Senate has considered itself also the guardian of individual and minority rights (31)."

Les maritimes dont l'adhésion était recherchée montrèrent une insistance particulière pour obtenir, au Sénat, une représentation qui compenserait pour leur faible députation aux

(30) Stewart, Modern Form of Government (1959)

(31) Mackay, p 112, The Unreformed Senate of Canada

Communes:

" Lors de la confédération, les petites provinces sentant que leur représentation dans la chambre élective serait déterminée par la population, insistèrent pour obtenir une voix plus importante à la chambre haute. Ayant considéré plusieurs possibilités, on s'arrêta à l'égalité entre les trois régions principales du temps, l'Ontario, le Québec et les provinces maritimes réunies, chaque région fournissant 24 sénateurs pour un total de 72. En 1915, le principe de l'égalité régionale fut maintenu par la création d'une quatrième région composée des quatre provinces occidentales et le nombre des sénateurs fut porté à 96. A l'admission de Terre-Neuve en 1949, on lui accorda 6 sénateurs pour porter le présent Sénat à 102 sièges (32)."

" The agitation for representation by population was one of the main reasons for the foundering of the Province of Canada, and the statesmen of the time considered that Quebec, because its differences were obvious, had to be brought into the new union on some basis of equality with the other members. In that respect, a ratio of two to one was fairer than three to one or an eventual ten to one (33)." "

Ce bref rappel historique nous amène à nous demander si le Sénat a effectivement joué le rôle auquel on le destinait. Après avoir donné à cette question, une réponse forcément schématique, nous nous interrogerons sur la nécessité d'une chambre haute en régime fédéral.

a) le Sénat canadien: les apparences d'une démission

D'une façon générale, le Sénat canadien a fait l'objet de vives critiques:

(32) Faribault & Fowler, pp 69-70 Dix pour Un ou le Pari conf.

(33) O'Hearn, pp 83 à 85 A New Constitution for Canada (1964)

" Ils (les Pères de la Confédération) ne réussirent guère qu'à créer une Chambre des lords au petit pied, si peu soucieuse de protéger l'autonomie des provinces qu'elle "représente" et si mal préparée au demeurant, pour le faire, qu'il est permis d'affirmer que cet aspect de l'ordre constitutionnel canadien n'est qu'un simulacre de fédéralisme. Paralysé au départ, l'évolution constitutionnelle du Sénat ne fit qu'accentuer la superfluité de l'institution. Si les hommes d'état de 1864 avaient eu sérieusement l'intention de protéger les intérêts provinciaux, ils se seraient inspirés de constitutions américaines (1787) et helvétique (1848), lesquelles prévoyaient la désignation des membres de la Chambre Haute par les cantons ou les états-membres, de manière que les sénateurs devinssent les authentiques représentants des provinces (34)."

C'est sans succès que les provinces ont réclamé la protection du Sénat par suite de l'exercice du pouvoir de désaveu, de conflits de frontières, d'arrangements fiscaux jugés préjudiciables ou d'amendements constitutionnels. Au Québec, la défaveur du Sénat s'est accrue par suite des crises sur la conscription qui éclatèrent en 1917 et en 1942: le vote sénatorial sur ces questions s'aligna directement à quelques exceptions près, derrière l'identité culturelle (35)."

Lorsqu'il s'est agi d'amender la constitution, le Sénat n'a pas montré beaucoup d'enthousiasme à défendre les provinces. Même l'unanimité de l'opposition provinciale lors du second amendement de 1949 ne parvint pas à modifier la tradition de docilité du Sénat envers le parlement canadien:

(34) Morin - L'Avenir du fédéralisme canadien

(35) Mackay, pp 115 et 116 The Unreformed Senate of Canada

" Senators, after all, owe nothing to their respective provincial electorate. They are appointed by a federal Prime Minister; in so far as they act as members of a party, they are members of a federal party (36)."

Globalement, semble-t-il, l'inefficacité du Sénat canadien est attribuable à une procédure de nomination inappropriée. Plus près dans son attitude de la Chambre des Lords que du Sénat américain, le Sénat canadien, dans notre régime parlementaire, n'a pas eu l'envergure de son modèle britannique.

Il ne fait aucun doute qu'une réforme du Sénat est souhaitable. Dans quel sens faut-il l'entreprendre? Faut-il réorganiser le Sénat de façon à ce que soient réalisés les objectifs du compromis de '67 ou doit-on lui assigner des fonctions nouvelles? Avant de répondre à cette question, nous tenterons d'élaborer, en référence à certaines fédérations, une approche cohérente du rôle éventuel d'un Sénat renouvelé.

b) Le bicaméralisme, droit commun des états fédéraux.

La recherche d'un équilibre politique par la voie du bicaméralisme constitue une orientation qui n'est pas particulière au fédéralisme canadien. Dans toutes les fédérations, les régions semblent avoir insisté sur l'importance de cette formule entrevue comme indispensable.

Le bicaméralisme se justifierait en régime fédéral, par ce qu'en pourrait appeler la loi de la légitimation du pou-

(36) Mackay, p 121 - The Unreformed Senate of Canada

voir; lorsque le fédéralisme a procédé de l'intégration de souverainetés, comme ce fut le cas aux Etats-Unis, l'autonomie locale ne s'explique pas par la générosité du gouvernement central, bien au contraire. Dans cette perspective, le bicaméralisme doit freiner les forces ségrégatives d'attraction du pouvoir et, par voie de conséquence, réaliser la décentralisation démocratique:

" Typically, the structure of the upper house in federal systems has been shaped in response of two fears: (1) the fear of the smaller States that the larger and more populous States would use their majorities in the lower house to injure them; and (2) the fear of both large and small States that the federation might encroach unduly on their interests and authority. The effort to satisfy both these fears has inevitably caused some of the most serious disputes in the formation of federal states (37)."

C'est en fonction de son rôle que s'explique la composition de cette Chambre appelée à réaliser, dans la fédération, une sorte d'égalité fonctionnelle.

" Majority rule, where it means a majority and not a majority of regions, may not be so satisfactory a method of obtaining political decisions in a federation as it can be in a unitary state. Some additional protection against the tyranny of such majorities may be needed and it was for this reason that the method of equal representation in an upper house was adopted. It was one of the great compromises in the framing of the American Constitution at Philadelphia... Many people regard it as essential to a government if it is to be federal that the regions should have equal representation in the upper house of the general legislature. In the United States, Switzerland and Australia this plan is adopted... it may be said that although equal representation is not essential to ensure that the system is federal government, it may be essential to ensure that it is effective federal government (38)."

{37} Bowie, pp 7 et 8 - Studies in Federalism
 {38} Wheare, Federal Government, p 87

La réalisation plus ou moins achevée d'une égalité de représentation régionale ne justifie pas, à l'analyse, l'importance qu'on y a attachée. Le facteur numérique apparaît avoir eu une incidence fort limitée et il n'explique pas, en définitive, le succès ou la faillite des chambres hautes dans la défense des intérêts régionaux. C'est plutôt la forme politique particulière empruntée par les différentes chambres hautes qui semble en rendre compte:

"The member of a Senate is usually elected either by the State legislature (as formerly done in the United States and Switzerland), or by popular vote (as in Australia and, today, in the United States and most of the Swiss Canton); but in Canada, Senators are appointed, nominally by the Governor-General, though actually by the federal Prime Minister (39)."

Un système voisin, quoique moins élaboré, prévaut encore en Suisse, au Venezuela et, semble-t-il, en Indes. Chaque membre de la Chambre des Etats est élu par la législature de son propre Etat, mais pour un temps fixé. Il n'existe ni mandat impératif, ni révocation de sorte que le représentant est libre de son vote. En fait, cependant, l'alignement de son vote derrière la politique de son état constitue la règle générale. Ce système, aux Etats-Unis, n'a pas survécu à la première constitution.

Le système sénatorial a emprunté des formes variées. L'élection directe des sénateurs pour un mandat limité se retrouve dans la majorité des fédérations: Etats-Unis (depuis

(39) Bowie, pp 9 et 10 - Studies in Federalism (1954)

1912), Mexique, Brésil, République Argentine, Australie, U.R.S.S. et dans la majorité des cantons suisses. Au Canada, phénomène curieux, les sénateurs sont nommés par l'exécutif fédéral. Cette différence, semble-t-il, n'a pas entraîné des conséquences importantes comme le mentionne Durand (40), l'élection directe ne suffit pas à assurer aux états membres une participation à l'activité législative fédérale puisque, d'une façon générale, ce vote obéira aux mêmes considérations partisanes. Donc, par un processus différent, l'élection directe des sénateurs réintroduirait au Canada les mêmes problèmes. En ce sens, il n'est pas inutile de comparer les expériences canadienne et australienne:

" The Australian constitution has successfully limited the powers of the Upper house while leaving it elective... but the result has been far from satisfactory. Under the Australian constitution the states are each represented in the Senate by ten Senators elected by proportional representation for six-year terms, one half being elected every three years. Election, especially since the introduction of proportional representation, has meant that senators are primarily party representatives, rather than representative of the states. It is indeed no more the guardian of state rights than is the lower house... Certainly, election has not brought to the membership of the Senate any substantially different type of persons from those in the lower house. Nor does it seem to have enhanced the prestige of the Senate with the public. On the whole, it would seem to have produced an upper house more active in party politics and more obstructive, at time than the Canadian Senate, without producing a better, if as good, a legislative chamber (41)."

(40) Durand, p 202 - L'Etat fédéral en droit positif dans Le Fédéralisme, vol. 1 (1956)

(41) Mackay, On reform, p 181

Le problème qui se pose est donc le suivant: si l'on songe à transformer le Sénat canadien de façon à y faire participer directement les provinces canadiennes, ne faudrait-il pas, logiquement, modifier aussi ses fonctions et même les élargir? C'est la question que nous nous poserons dans le paragraphe suivant.

c) Le réaménagement du Sénat canadien.

Certains considèrent utopique une réforme du Sénat qui redéfinirait son rôle en fonction des exigences du néo-fédéralisme:

* Against this background of experience it would be singularly unreasonable to expect an Upper House in a New Commonwealth country to stand out as a pillar of the constitution... But minorities may be well advised to look for their major constitutional safeguard elsewhere... It may be added that to deny a second chamber all authority over financial measures is to deprive it of the capacity to obstruct a primary source of discrimination against minorities (42)."

Le néo-fédéralisme, disons-nous, cherche à refaire l'équilibre politique en faisant participer les entités fédérées aux fonctions étatiques; une fois repoussée la centralisation des compétences, la cohérence et l'efficacité doivent procéder de la coordination.

Au Canada, le mouvement centralisateur a profondément bouleversé l'équilibre politique de sorte que, seules, peuvent le rétablir des réformes institutionnelles sérieuses:

(42) de Smith, p 124 - The New Common Wealth and its constitutions (1964)

" The Dominion-Provincial relations are often described as "cooperative", but the term is hardly appropriate. What has really happened is that due to centralising forces the Dominion Government and the provinces do not stand on terms of equality. If it be argued that constitutionally the autonomy of the provinces still remains, this is hardly right when one considers that the provinces depend upon the Dominion Government for their finances. It could, if it so chooses, stifle the provincial social services. Hence, their autonomy is by no means real. There is actually little to distinguish the position of the Canadian provinces from that of the regions of a unitary State, except in legal terms. Financial resources constitute the flesh and blood that clothe the legal skeleton of provincial autonomy. But these have fallen off, leaving provincial autonomy without life. To speak of the constitutional autonomy of the provinces when their financial independence and self-sufficiency have given way is a mere travesty... The Canadian constitutional development has reached a stage when it must either completely cease to be federal or alter the federal balance radically (43)."

La solution la plus logique, à notre avis, serait la représentation directe des provinces au Sénat:

" Il faut aujourd'hui revenir au bicamérisme en tant que moyen de maintenir l'équilibre entre les forces centrifuges et les forces centripètes qui s'affrontent au sein de la Confédération... pour que la Chambre haute puisse remplir efficacement les fonctions qui lui incombent dans un régime fédéral, la désignation de ses membres doit relever exclusivement des entités constituantes de la fédération (44)."

A notre avis, la composition du Sénat doit tenir compte à la fois du caractère bi-national du fédéralisme canadien et de ses caractéristiques régionales. Nous envisageons donc un Sénat composé de membres nommés par les gouvernements provinciaux

{43} Aiyar - Federalism and Social Change

{44} Morin, L'Avenir du fédéralisme canadien pp 150-151

de la façon suivante: les provinces maritimes, l'Ontario et les provinces occidentales nommeraient respectivement 12 sénateurs, soit par exemple 4 sénateurs de Terre-Neuve, 3 de la Nouvelle-Ecosse, 3 du Nouveau-Brunswick, 2 de l'Ile du Prince-Edouard, 12 d'Ontario, 2 du Manitoba, 2 de la Saskatchewan, 2 d'Alberta et 6 de la Colombie-Britannique, formant un total de 36 sénateurs représentant la nation canadienne-anglaise répartie en trois régions recevant une représentation égale. La nation canadienne-française serait elle-même représentée par 36 sénateurs nommés par le gouvernement du Québec.

L'on pourrait peut-être nuancer davantage cette formule en diminuant de 2 la représentation du Québec et en stipulant qu'un des sénateurs du Nouveau-Brunswick et un des sénateurs d'Ontario soient de langue française.

Un tel Sénat représenterait à la fois, il nous semble, les deux nations formant le Canada, et les provinces elles-mêmes.

L'on pourrait efficacement confier à un tel Sénat la protection des minorités quelles qu'elles soient et, généralement, le respect des droits des citoyens du Canada, en lui donnant le pouvoir de faire enquête à cet égard à la fois sur le plan fédéral et à l'intérieur de chacune des provinces.

4. La Cour suprême du Canada.

Le fondement même du fédéralisme étant de nature contractuelle, il s'ensuit que les litiges constitutionnels entre les états fédérés doivent être soumis à un tribunal indé-

pendant qui joue un rôle particulièrement important.

Nous avons déjà vu, d'ailleurs, l'importance des décisions judiciaires dans l'évolution constitutionnelle du fédéralisme canadien. Aux Etats-Unis, la Cour suprême a eu une influence déterminante sur l'évolution de la constitution.

A notre avis, il est inadmissible qu'un corps judiciaire puisse se permettre de modifier la loi fondamentale d'un pays. Si la modification de la constitution d'un état fédéral est toujours difficile à réaliser, il demeure anti-démocratique de contourner cette difficulté en permettant à l'autorité judiciaire de se substituer à la volonté du peuple, que seuls ses représentants politiques peuvent exprimer:

" Federations require a Supreme Court to interpret the Constitution... Courts are not supposed to make or alter law, but simply to declare it... If the people having learnt from the court what the constitution is, do not like it they are the final arbiters... they can change the constitution... to what they think it should be (45)."

Dans le mémoire que le premier ministre du Québec soumit à la conférence fédérale-provinciale de 1960, monsieur Lesage exprima le point de vue du Québec à ce sujet, en réclamant l'organisation d'un tribunal constitutionnel conforme aux principes essentiels du fédéralisme qui exige que ni l'un ni l'autre des deux ordres de gouvernements ne puissent toucher au partage des pouvoirs établis par la constitution:

" Il s'ensuit que l'arbitre des conflits ne doit pas relever exclusivement de l'un d'eux."

(45) Stewart, p 147 - Modern Forms of Government (1959)

La composition d'un tribunal constitutionnel pose toujours, dans un état fédéral, un problème difficile à résoudre. Même aux Etats-Unis, où l'homogénéité de la population et le régime présidentiel sont d'appreciables facteurs d'unité, l'entier contrôle des autorités fédérales sur la Cour suprême crée des difficultés. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que cette situation soit inacceptable au Canada. Selon le professeur Morin, "la solution idéale consisterait à créer un tribunal constitutionnel spécial composé d'un nombre égal de juristes du Canada anglais et du Canada français" (46).

Quant à nous, nous désirons nous appuyer sur la composition du Sénat telle que nous l'avons suggérée pour proposer la formule suivante: les trois groupes de sénateurs représentant les provinces de langue anglaise nommeraient chacun respectivement un membre de la Cour Suprême, tandis que les sénateurs du Québec en nommeraient trois autres membres; à ces six membres viendraient s'ajouter trois membres nommés par le gouvernement fédéral avec l'approbation du Sénat.

5. Les conférences fédérales-provinciales et les conférences inter-provinciales.

Au cours des dernières années, les conférences fédérales-provinciales, ainsi que les conférences inter-provinciales, sont devenues des facteurs importants du fédéralisme canadien. Cela est normal, car, à notre avis, les négociations po-

(46) Morin p 204 - Le fédéralisme (1963-64)

litiques entre les états membres d'une fédération peuvent seulement procurer un degré approprié de coordination et refaire constamment l'équilibre requis pour le bon fonctionnement du fédéralisme, lequel repose essentiellement, en définitive, sur une collaboration inter-gouvernementale continue.

L'aveu suivant est intéressant à noter:

" We lawyers outside Quebec have generally paid too little attention to the proceedings and (especially) the fruits of federal-provincial conferences, and we paid none at all to the more recent innovation, initiated by Premier Lesage, of annual conferences of provincial premiers. And yet these are the fundamental institutions now giving new dimensions to federalism in this country (47)."

Il serait sans doute souhaitable d'institutionnaliser les conférences fédérales-provinciales, de même que les conférences inter-provinciales. Il n'y a sûrement pas d'inconvénient à instituer un secrétariat permanent de ces conférences; mais leur principale valeur et utilité demeure politique et repose peut-être en grande partie sur leur informalité

-0-0-0-

(47) Mackay, The future of Canadian Federalism

Nous avons consigné dans cette étude un certain nombre d'idées que nous aurions aimé avoir le loisir de développer davantage. Dans l'ensemble, nous avons décrit sommairement le contenu d'une nouvelle constitution canadienne qui tiendrait compte du caractère particulier de la nation canadienne.

Dans la mesure où il faudrait s'écartier du cadre suggéré pour répondre aux aspirations des provinces autres que le Québec, ce que nous avons suggéré constituerait, soit en fait, soit en droit, un statut particulier qu'il importe peu d'attribuer au Québec ou aux autres provinces.

Il ressort de notre travail que les canadiens devront sans doute se préparer à la tâche ardue de se donner une nouvelle constitution. Comment y arriveront-ils? Nous n'avons malheureusement pas de solution immédiate à offrir. Mais, à notre avis, il serait souhaitable que l'on ne s'adresse pas au parlement britannique pour ce faire. Que la nation canadienne, par ses parlements fédéral et provinciaux, proclame de plein droit l'adoption de sa constitution sans en demander la permission à Londres.

" If we investigate the origins of modern Constitutions, we find that, practically without exception, they were drawn up and adopted because people wished to make a fresh start, so far as the statement of their system of government was concerned... The circumstances in which a break with the past and the need for a fresh start come about vary from country to country, but in almost every case in modern times, countries have a Constitution for the very simple and elementary reason that they wanted, for some reason, to begin again and so they put down in writing the main outline, at least of their proposed system of government (48). "

(48) Wheare, *Modern Constitution*, pp 8-9

Il ne s'agit pas de faire table rase du passé, mais de prendre un nouveau départ. Souhaitons que le peuple canadien ait la maturité et la sagesse requises pour que les deux nations qui le composent ne manquent pas le rendez-vous que l'histoire semble leur avoir fixé.

-0-0-0-0-

6658

3 1761 114688674

